
La posibilidad de normas dispositivas en el Derecho de la Unión Europea

The Possibility of Dispositive Norms in the European Law

José Antonio DORAL GARCÍA

Universidad de Navarra

jadoral@unav.es

RECIBIDO: 26/04/2015 // ACEPTADO: 24/05/2015

Resumen: En la actualidad la distinción entre Derecho público y Derecho privado cambia de carácter tras la incorporación a la Unión Europea. Por razones históricas, antes de la integración, los sistemas de Derecho de cada uno de los países tendían hacia la territorialidad y la soberanía estatal, con lo que la combinación entre soberanía y libertad tenía siempre carácter estatista. A partir del Tratado de la Unión Europea se plantea la interesante cuestión de cómo establecer o construir la concurrencia de ordenamientos jurídicos no en conflicto sino en dimensión supranacional. El reto de abrir un cauce transfronterizo al desarrollo de las instituciones públicas y privadas cuya diferencia no es dialéctica sino inspirada en el mensaje de Europa: la convivencia en justicia y paz.

Palabras clave: Derecho público, Derecho privado, Unión Europea, dimensión supranacional, armonización de sistemas.

Abstract: Nowadays, the distinction between Public Law and Private Law has changed, particularly after the incorporation of the states to the European Union. Before that inclusion, and because of historical reasons, the different legal systems of each country were inclined to territoriality and state sovereignty. Therefore, the combination of sovereignty and freedom always had a statist nature. After the Treaty on European Union, has raised the interesting matter of how to set the rules or parameters for the confluence of legal systems, not in conflict, but in a supranational scope. The challenge of opening a cross-border channel for the development of public and private institutions which difference is inspired in Europe's message, rather than dialectical: coexistence in justice and peace

Keywords: Public Law, Private Law; European Union; supranational scope; harmonization of systems.

CONSIDERACIONES PREVIAS

Las presentes reflexiones surgen de unas jornadas de estudio sobre la diversidad de aspectos de la clásica distinción entre Derecho público y privado. Algunos aspectos jurídicos de la distinción en el plano transnacional ofrecen especial interés actual, como la relación entre legislación y libertad en la construcción europea. En particular se analiza el lugar de la clasificación jerárquica entre categorías de normas de carácter dispositivo, en qué medida es posible adaptar en el marco jurídico de la Unión Europea normas dispositivas establecidas por el poder público en los ordenamientos nacionales sobre principios en que se basa la Unión.

PLANTEAMIENTO. EL ESPACIO JURÍDICO EUROPEO

Las palabras atribuidas a altos dignatarios de países antes contendientes traen implícito un acontecimiento histórico sin precedentes: «Le digo que sí, y con todo mi corazón». Con su buen decir Canciller Konrad Adenauer acepta la propuesta del Ministro de Exteriores Robert Shuman, exponente de un mensaje de paz: el mensaje de Europa. De manera tan cordial ambos mandatarios de Francia y Alemania acuerdan la producción de acero y carbón en común bajo el control de una misma autoridad. La puesta en común podría jugar un importante papel para el desarrollo industrial, parte del pacto entre libertad y soberanía que brinda la oportunidad de hacer posible la ulterior convivencia en justicia y paz en los pueblos de Europa. Conforta la imagen de un pacto explícito entre estadistas que deciden sobre aspectos de soberanía con un programa de Alianza duradera; una oferta ni excluyente ni según ley positiva, que no existía en esa nueva realidad, aceptada y sellada con entrañable calor humano. Alianza ligada a países que en otra época fueron contendientes. El acuerdo se firma el 2 de mayo 1950. Tiempo después se mantiene vivo el proceso de integración europea con el estímulo en la propuesta, y permanecen en la memoria los fundadores con tan cordial manifestación de servicio a la paz futura.

En los Tratados de Roma, firmados en 25 de marzo 1957, que instituyen la Comunidad Económica (CEE) y el Euratom, celebrada con carteles por la ciudad con el «baile de banderas», sin derramamiento de sangre, se renueva la voluntad política de futuro. Nace en paz la Nueva Europa¹. Acabadas las hostilidades –*inter armas silent leges*– sigue una larga etapa de Derecho. Habla el Derecho de la Unión Europea, cómo es y cómo podrá ser Europa². El Tratado de Maastrich que instituye la Unión Europea reconoce la especificidad del orden jurídico con valor supra constitucional, que confiere intangibilidad al derecho comunitario respecto al interno. El Tribunal de Justicia en caso de conflicto de normas e interpretación vincula a los Tribunales como los Tratados clásicos a identificar el derecho comunitario con el interno. El fundamento, *va de sí*, es el Tratado de Roma. Resulta difícil pensar en la imposición

¹ V. MARTÍN DE LA TORRE, *Europa, un salto a lo desconocido*, prólogo de Javier Solana, Madrid, 2015, p. 280.

² El Tratado de Amsterdam (2 de octubre 1997) modifica y completa los constitutivos de las Comunidades y el Tratado de la Unión Europea revisando las distintas categorías entre normas.

comunitaria la exclusión de normas dispositivas de modo arbitrario, la teoría del acto claro y la regla *Pacta sunt servanda* que implica el ejercicio de buena fe son aplicables también al Derecho público internacional.

No podía hablarse de Derecho de la Unión antes de constituirse en unidad sin apoyo de los Estados: *ubi societas ibi ius*. Abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia configura la idea de Europa como Comunidad de Derecho. Tal consideración –declarativa o enunciativa– da lugar a la comprensión del Derecho europeo como ordenamiento jurídico. Aunque dicho calificativo no se emplea en lenguaje técnico, sí que se reconoce el sentido de un proceso de transformación. Comunidad estructurada con espacio de andadura libre para los Estados miembros y paulatinamente abierta a los ciudadanos. Por más que sea difícil concebir un ordenamiento jurídico sin fijar las coordenadas de lugar y tiempo es expresiva como denominación genérica la de espacio jurídico europeo. Espacio de libertad, seguridad y justicia, con fuente proclamada en el Tratado de la Unión Europea. La idea de comunidad es buen punto de partida de estas reflexiones. Los fundadores cambiaron la historia pero no el lenguaje jurídico previamente conocido, como esa distinción entre Derecho público y privado que todavía hoy nos permite entender el sentido de la unificación del Derecho privado europeo. El Consejo Europeo adoptó tiempo después el «Programa de Estocolmo, sobre una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano», 10 y 11 de octubre 2009, con el reconocimiento mutuo entre los sistemas judiciales de los Estados miembros. El Reglamento de procedimiento europeo confiere la realidad empírica a la prevalencia del ordenamiento comunitario sobre los sistemas judiciales nacionales.

No se trata de una comunidad universal compuesta en abstracto por individuos de continentes diferentes (mundialización) que sería ajena tanto a la idea de Unión como a la cultura e identidad de los Estados miembros. Más bien el final, por fastuosa y avasalladora, del propio ser Europa.

Parece oportuno añadir una aclaración al título «posibilidad» desde la perspectiva jurídica como atribución relativa al ámbito de principios en que se basa la Unión, ya que si bien en su mayoría los programados provienen de un pacto inspirado en virtudes cristianas otros lo ven como proyecto que se ha transformado con el conglomerado del sistema. La Comunidad Europea se autodefine como «espacio de seguridad jurídica». Expresión que glosa la expresión el contenido que se atribuye en su origen a los fundadores: «seis pueblos, una sola familia, por el bien de todos». Con la firma de los Trata-

dos de Roma, 25 de marzo 1957, se dan los primeros pasos, todavía cortos, de la nueva Europa. Esa construcción sin precedentes nace de la convicción de no imponer una nueva ideología entre las que eran a la sazón paradigma del individualismo o colectivistas³. La integración/unificación de Europa se inspira en otras formas de convivencia sobre la libre circulación de personas.

En la Comunidad Económica Europea (con el tiempo, Unión Europea) reside la fuerza del nuevo Derecho, y la fórmula adoptada en 1986 diseña el mercado común como «espacio sin fronteras internas». De manera que el interés económico sirve al Derecho de un nuevo planteamiento, o a la inversa, la economía queda vinculada por la finalidad al Derecho; el Derecho ajustado a un mercado único implica concurrencia. Tenemos así en ruta una sociedad civil de libre mercado en la que se asegura la libre circulación de personas, mercaderías, servicios y capitales. La Europa comunitaria por incorporación de los países que la componen (pluralidad) ha devenido de hecho unidad efectiva y operante en el campo de las relaciones jurídicas y económicas. El proceso de unificación europea es la historia original y eficaz de un ordenamiento jurídico no completo, en continuo quehacer, construido con base en las legislaciones nacionales.

Como es natural, por la pluralidad de los sistemas jurídicos en vigor en los pueblos de Europa se presentan obstáculos a la libre circulación. Entre ellos surgen nuevas cuestiones sobre transacciones, algunas insidiosas, de papel o documentos que inciden en la evolución del derecho interno. Papel sellado en los certificados de estado civil; en los títulos o documentos contractuales y en los servicios; en el capital circulante, los de crédito; en las escrituras públicas, en las herencias. La nueva dimensión europea de mercado cuenta con la intensa actividad euro normativa y aumento de burocracia. Estas circunstancias centran la pregunta ¿hasta qué punto la europeización del derecho privado excluye o limita en las ratificaciones el contenido de normas dispositivas? El Derecho privado viene a ser la base del ordenamiento general de la sociedad civil ya que abarca el aspecto particular de las relaciones en el tráfico jurídico a través de las relaciones personales. En este sector la autonomía privada es una «idea fuerza» en expansión, también en Derecho internacional privado, precisa para comprender el auge que recobra la libertad personal, la libre iniciativa. Expansión que ha permitido también

³ J. H. H. WEILER, *Una Europa Cristiana, Ensayo exploratorio*, Madrid, 2003.

en Derecho internacional privado una aproximación intercultural o la multiculturalidad mediante los actuales canales de comunicación⁴.

Buscar con base en la autonomía de la voluntad soluciones eficientes en la convivencia pacífica sin prejuicios ideológicos es a la vez riesgo y ventaja. La convivencia exige reglas de comportamiento que el Derecho privado no excluye, corrige excesos y encauza las conductas al cumplimiento de deberes jurídicos, en las transacciones con justificación o causa justa. El espacio jurídico europeo con el objetivo de mantener y desarrollar el espíritu de libertad, de seguridad y de justicia, garantizando la libre circulación de personas, queda abierto al campo de relaciones entre los ciudadanos, y como Comunidad de Derecho debe estar integrada por países que aportan al conjunto sectores de soberanía precisa para la formación de un ordenamiento superior –autoridad– sin constituir la estructura de un superestado. En este sentido las normas dispositivas en Derecho interno no solo son sino que deben ser el contexto de la libertad, como de la seguridad jurídica se cuidan más las reglas imperativas o prohibitivas. En la solución de problemas económicos la estructura del Derecho Europeo sujeta además a otras reglas de competencia la autonomía negocial transfronteriza. La unificación actual del Derecho privado en la Unión Europea prioriza una razón económica: colocar a los consumidores en el mercado único al abrigo de la globalización⁵. La nota exclusiva de «mercado único» presenta una vertiente defensiva, del consumidor atrapado por el crédito y del propio mercado por el capital advenedizo.

A partir de 1997 se han publicado numerosos Reglamentos que afectan a distintos ámbitos del Derecho privado. La tendencia a la unidad interna del ordenamiento jurídico se propone situar a la persona en el centro del espacio de libertad, seguridad y justicia; no en calidad de comerciante sino de ciudadano partícipe en la comunidad. Como tal ocupa el centro de actuación, de protección y control, en la vida cotidiana con avalancha de expedientes de nacionalidad o residencia. La vocación europea hacia los derechos humanos se encuentra hoy en un momento delicado, con el trasiego masivo de emigrantes y refugiados que se acogen a la paz alcanzada, con momentos más o menos tirantes sin contienda bélica. Esta consideración a la dignidad de la persona

⁴ S. A. SÁNCHEZ LORENZO, *El principio de libertad personal en el Derecho Internacional privado*, Facultad de Derecho de Granada, 2001.

⁵ ID., «La unificación del Derecho privado en Europa», *Revista de Estudios jurídicos*, nº 11 (2011) (2ª época).

introduce en el ordenamiento jurídico europeo una normativa de protección y tutela que incide con mayor motivo en la selección de instrumentos jurídicos eficaces, de derecho público y privado. La primera condición de comunidad de derecho, se ha dicho con buen sentido, ha de resultar de manera clara, sencilla y eficaz, por lo que no es fácil dar una respuesta en esos términos a una noción tan relevante en Derecho privado como la disposición. El hombre propone, es consustancial a la actuación de la persona en los ámbitos de derecho patrimonial. A ese ámbito pertenecen la contratación, el acceso a la vivienda, el crédito social o la compra de mercaderías. Confiar el acceso al poder dispositivo a los ciudadanos como artífices de la realidad de la Unión Europea se funda en la capacidad de asumir las consecuencias de la libertad para el compromiso, por sí o por representante, si la capacidad legal lo requiere; la confianza recíproca para eliminar obstáculos de buen funcionamiento de mercado, único sin confines como instrumento jurídico va más allá de los intereses económicos. El pueblo pide alegría en el gasto social y la empresa crédito. Para la economía europea se pide a los ciudadanos más flexibilidad, reformas, comportamientos de alegría en el gasto, y a la empresa posibilidad de endeudarse con préstamos y competencia ¿el nuevo Derecho europeo?

Retomando la cuestión sobre el alcance de la disposición en Derecho Europeo se pronuncian de manera contundente cuantos afirman que el desenvolvimiento del Derecho comunitario o tiene ese carácter dispositivo o no será posible la realización. Late en la pregunta ¿hasta qué punto es compatible esta premonición de futuro, ser o no ser, con la consideración realista de que constituye desde ya una «Comunidad de Derecho», y solo con Derecho se puede avanzar en el nuevo espacio? El sistema jurídico comunitario aún está en plena evolución, pero cada vez se aproxima más al ciudadano. Un sistema incompleto está siempre abierto. En Derecho civil en materia de contratos, familia, herencia la tendencia a la armonización es un avance.

Desde el punto de vista de ser «herencia cultural, espiritual y humana», el Derecho de Europa no reducido, por lo tanto, al mercado único, ni construcción de contenido económico. Así se hace notar en el Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre 2007 que destaca el propósito inspirador del Tratado de la Unión y el Constitutivo de la Comunidad Europea. Dar cuenta de este Tratado, libre de abstracciones ante nuevos planteamientos, suscita reflexión y claridad.

No faltan argumentos escépticos de oportunidad y de utilidad de la «aventura». Desde los medios de opinión se baraja la pregunta ¿qué ventajas

y qué condicionamientos ofrece la incorporación a esta comunidad? La respuesta requiere profundizar en los lugares clave de la realidad, las ventajas están en el fundamento que sostiene la unidad y las partes no pueden excluir.

I. LA HISTÓRICA DISTINCIÓN ENTRE DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO

La clásica distinción del Derecho público y privado se refiere a «posiciones» ante el Derecho. La posición de derecho público, *re publica*, corresponde a la idea de potestad, que conduce a la jerarquía de fuentes de derecho. Los textos legales, la interpretación y aplicación de las normas comunitarias, componen el sector de normas de derecho público campo de la intervención administrativa en la autonomía privada. El núcleo de la actividad privada entre particulares obedece a la máxima *pacta sunt servanda*. De allí arranca la regla de la libertad contractual o libertad de pacto con sus manifestaciones, libertad de testar en sucesiones, de capitular en el área de la familia. En sentido técnico, modelo es el contrato como acuerdo de voluntades dirigido a producir efectos de derecho (*vinculum iuris*). En ese destino hacia los efectos obligatorios se encuentra la libre disposición entre los contratantes, que acuerdan para sí o la cesión a terceros. La sanción por incumplimiento se traduce en acciones, resolutoria, rescisoria, de revisión, o remedios, que amplían el arbitrio procesal como Derecho público. Como todo orden jurídico contiene reglas que procuran que aquellos a quienes se dirigen se comporten de acuerdo con el contenido evitando su violación o incumplimiento. Reglas que concretan en su conjunto el principio jurídico de protección a la parte débil, principio informador con las consecuencias previstas en las normas que desarrolla el Tratado de la Unión. Pueden ser reglas minuciosas y complejas dictadas con carácter imperativo o dispositivas, que en ese concepto sustituyan a las cláusulas abusivas, sin anular todo el contrato.

Como cualquier distinción formal la que existe entre dispositivo e imperativo es relativa, por más que el uso se haya generalizado en el lenguaje jurídico europeo. La distinción binaria es técnica, no real. De ordinario en un caso y en la solución van juntos, como los remedios procesales. Como ejemplo escolar de la panorámica nos sirve un caso de responsabilidad extracontractual. A la sazón, un turista inglés se topa en la arena de una playa del Norte de España con un perro suelto, sin cadena ni identificación, al que esquiva, pero el animal piensa en el juego y le muerde, causando una herida que requiere intervención médica urgente. El turista trata de reclamar daños

y perjuicios por responsabilidad extracontractual, cuidados médicos, prolongación de tiempo de estancia en el hotel, con temor a que se tratara de un perro enfermo de rabia. No se sabe a quién pertenece el perro, el poseedor del animal no se presenta ni está identificado. La acción procesal para entablar la demanda es derecho público (procesal), la posesión y responsabilidad son en principio asunto de derecho privado, el abandono del animal en la playa materia administrativa. El problema reside en saber si en el contexto europeo a efectos de la reparación del daño causado se sigue un sistema de culpa, de riesgo objetivo, o inversión de la carga de la prueba. Preguntas concretas surgen *ad casum*: a quién dirigirse, en qué concepto presentarse. Un letrado respondería que cada país aplica sus reglas, sustantivas y procesales (foro), que son distintas. El lugar de ejecución de la obligación puede ser más difícil de determinar que el lugar donde se ha producido el daño. Cuestión distinta es si de *iure condendo* sería preferible uniformar o armonizar sistemas de responsabilidad extracontractual a nivel europeo que corresponde a la política legislativa, ¿a qué sector pertenece la norma a interpretar? En la práctica los métodos de interpretación en el Tribunal de Justicia de la Comunidad europea no difieren de los que utilizan los jueces nacionales. En términos generales tener en cuenta las particularidades del sector es razonable, la interpretación en materia de Derecho penal no puede ser la misma que en el Derecho económico, derecho de las finanzas o administrativo. En el propio sistema inglés el razonamiento del juez varía: «Reasoning from case to case». Cada caso se interpreta en su contexto y se atribuye un efecto y un sentido. En el *Common Law* la base del sistema es la jurisprudencia y regla la *equity*. Con carácter general existe en Derecho europeo una regla que se ocupa de la competencia caso de conflicto entre normas o resoluciones judiciales⁶. El conflicto entre normas de derecho comunitario e interno plantea el problema de la primacía.

I.1. *La prioridad del Derecho comunitario sobre el interno*

La variedad que existe en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros sobre el ejercicio de la libertad y las tendencias a la unificación

⁶ El Reglamento relativo a la competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales (44/2000), en el art. 5.4 establece que si se trata de acciones de daños y perjuicios es competente el tribunal que pudiese conocer de la acción civil.

interna del Derecho privado –en materia civil y mercantil– plantea la necesidad de coordinación y límites de la unidad, sin quebranto de la diversidad, actualmente complicada en la seguridad jurídica. Una Carta, un Tribunal para juzgar los derechos fundamentales, el Banco Central, que controla el curso del dinero, la emisión monetaria, se sitúan en el centro de la identidad, se explica la pregunta ¿qué es Europa? Ello no explica la diversidad cultural que enriquece la idea de Europa unida a la diversidad de gestión; más bien su complejidad, los movimientos favorables o disidentes en los países integrantes⁷.

La prioridad del derecho comunitario sobre el interno está en relación con el carácter dispositivo o imperativo; cuál es el *proprium* en Derecho de la Comunidad Europea y su incidencia en el sistema jurídico interno, actualmente en proceso de reformas legislativas nacionales. La interdependencia entre normas dispositivas e imperativas y el predominio de los principios generales en el ordenamiento europeo se determina en cada caso en función de la materia. Desde luego sin acudir a los principios generales del derecho y la función del juez sería imposible interpretar cuestiones económicas y sociales⁸.

La primacía respecto de normas nacionales, anteriores o posteriores de la norma comunitaria, tiene un campo de aplicación en los contratos de adhesión, como cláusulas abusivas de sumisión expresa, cuando el suscriptor (consumidores) no ha podido decidir su contenido, por aplicación del art.10 LGDCU, Directiva 93/13 CEE, 5 de abril 1993 de Consejo, y STS 30 de noviembre 1996 [RJ 8457]. Las cláusulas de sumisión en estas condiciones con desequilibrio importante son ineficaces por abusivas. La transposición exige buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones.

Como principales fuentes en Derecho comunitario se consideran el Tratado de Roma (25/3/57) y figuran como instrumentos jurídicos de Derecho derivado el Reglamento, la Directiva y la Decisión. La diferencia entre

⁷ Cuestión muy sugerente expuesta en la obra citada de Weiler sobre *Una Europa cristiana*, premisas constitucionales de fondo entre las «cuestiones demasiado importantes» para dejarlas en manos de los juristas, pp. 54 y ss. La libertad de religión y respecto de la religión en el paisaje constitucional europeo es uno de esos puntos de tutela religiosa. La confusión entre neutralidad y laicidad, nos dice, es motivo de trampa en el razonamiento basado en el «pluralismo liberal ilustrado», p. 77.

⁸ H. KUTSCHER, «Alcune tesi sui metodi d'interpretazione del diritto comunitario del punto di vista d'un giudice», en *Riv. di Dir.Eur.*, XVI (1976), p. 284.

ellos se hace notar en el artículo 189 del Tratado. El análisis detenido de estas fuentes indica la originalidad y estimula al jurista a profundizar en sus aspectos diferentes de las normas estatales y a su vez incorporados a la jerarquía de fuentes internas por la posición del tratado internacional en el sistema de fuentes del Derecho español, art. 96 CE⁹.

El Reglamento es fuente de aplicación directa, norma obligatoria aplicable en todo Estado miembro; se asimila a un Tratado conforme a las reglas de Derecho público internacional, donde también figura como cuestión de principio la regla *pacta sunt servanda*, que implica que el contenido debe ser ejecutado de buena fe por las partes. Diríamos que viene como mandato exterior pero se incorpora plenamente al sistema interno. Los reglamentos comunitarios emanan del Consejo de la Unión Europea o de la Comisión, suponen la homogeneidad inicial de las situaciones jurídicas y económicas iniciales¹⁰. El Reglamento contiene normas que aseguran la interpretación uniforme del contenido obligatorio y reglas sobre la eventual modificación de elementos¹¹. Por ejemplo el Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio 2012, establece como regla general (art. 20) el ámbito de aplicación que rige sobre la totalidad de la sucesión de una persona, y refleja el principio de libertad de elección de la Ley aplicable. Prevé el Reglamento que cualquier persona podrá designar la Ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento¹². De este modo trata de evitar las consecuencias del fraccionamiento de la sucesión, con los consiguientes obstáculos para los herederos y legitimarios, e indudable repercusión en el orden público interno. Como novedad el certificado sucesorio europeo con información suficiente de los datos identificativos a efectos de prueba y carácter legitimador sobre todo como título inscribible.

⁹ J. DE LOS MOZOS rechazó la supralegalidad de los tratados internacionales, *Derecho civil español*, I, Parte General, I, *Introducción al Derecho civil*, Salamanca, 1977, p. 436. J. R. DE VERDA Y BEAMONTE, «La posición jerárquica del Tratado Internacional en el sistema de fuentes», separata, *RGLJ*, 1993.

¹⁰ Con motivo de la crisis económica, la gestión dejó maltrecho el proyecto europeo en actividades esenciales. Los enemigos están dentro y claman menos unión y más unidad europea.

¹¹ Disposiciones finales del Reglamento del Consejo 44/2001 de 22 de diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, art. 73.

¹² L. PRATS ALBENTOSA, «Ley aplicable a la sucesión mortis causa en la Unión Europea y creación del Certificado sucesorio europeo», *Diario Ley*, n° 7929 (24 septiembre 2012). I. HEREDIA CERVANTES, «El nuevo reglamento europeo sobre sucesiones», *Diario La ley*, n° 7933 (2012).

En cuanto a las Directivas, obligan a adoptar una solución, dejándo a los Estados libertad en los medios jurídicos siempre que se asegure su transposición. De los Reglamentos derivan normas imperativas que regulan directamente la materia objeto. Las Directivas, más próximas a las normas dispositivas que el Estado puede seguir como medio en su transposición, recuerdan al cumplimiento de las obligaciones de hacer.

La Directiva sigue otro camino, con mayor originalidad en la aplicación. Se dirige a los Estados miembros y su naturaleza, justificación y régimen jurídico corresponde a una norma especialmente dispuesta para impedir obstáculos a la libre circulación de mercancías, importaciones, o capitales o para instaurar la libre circulación en territorio de la CEE. Su mecanismo se basa en la aplicación prioritaria ante medidas nacionales opuestas. Por su misión de velar por la aplicación uniforme del Derecho comunitario no se aplica directamente a los particulares sino que constituye una obligación de hacer dirigida al Estado con un término para la transcripción obligatoria. Como las prestaciones de hacer rozan con la libertad, se prevén sanciones en caso de no cumplirse en tiempo y forma. Su carácter de norma se manifiesta en la teoría del acto claro, con objetivos precisos y su fin de velar, guardar el espíritu comunitario, impedir a los Estados dictar normas técnicas destinadas a servir de obstáculo a importaciones, exportaciones, movimientos de libre circulación de capital, seguros, transporte, etc. El Reglamento se invoca como tal directamente mientras que la Directiva no, pero cabe a título subsidiario para confirmar si la normativa nacional concuerda con el texto de la Directiva. De manera que la invocación indirecta o subsidiaria por los particulares ante el Tribunal nacional antes de que expire el plazo de integrarse en la jerarquía de fuente en las legislaciones, es posible. Como instrumento útil para el fin a que se destina se explica el empleo como instrumento dinámico de construcción de Europa. Apenas firmado el Tratado de Roma se dictaron 1652. Las disposiciones claras e incondicionales de la Directiva se convierten en normas generales en el orden jurídico interno, que según el contenido serán derecho dispositivo o imperativo. Su contenido puede ser la elaboración de alguna noción comunitaria o modo de proceder, pero en general tienden a uniformar la aplicación. La solución europea, por ejemplo en competencia judicial, ¿es aplicable a litigios entre no comunitarios? La cuestión se ha planteado sobre la acción directa del subadquirente, si se aplican las reglas de la actividad contractual o de un tercer Estado. Si se prescinde del carácter convencional como medida de ejecución, la acción procesal va ligada a un sistema de competencias diferente. Como imagen retentiva pudiéramos decir

que el Reglamento *es* Derecho comunitario por sí, y la Directiva porque se *presume* que lo es ante el Derecho interno, oponible a cualquier medida estatal contraria o no conforme con el objetivo comunitario.

El Tribunal de Justicia sigue una interpretación evolucionada, aunque junto con el juez nacional opera en colaboración en un determinado problema, con intercambio de datos e ideas que modalizan el criterio *iura novit curia*. Cuando el juez se encuentra ante problemas nuevos al aplicar las leyes, crea la norma ajustada, sin la generalidad que caracteriza a la *ratio legis*. El Reino Unido según la tradición jurídica de base judicialista se sirve del precedente, como ya se dijo, con el *reasonning from case to case*. La jurisprudencia española tiende también a abandonar el conceptualismo dogmático, método dogmático *a priori*, para ir a la realidad, con lo que en este punto las fórmulas que emplean se aproximan. El derecho comunitario toma los conceptos prestados, de manera que, efectivamente, la jurisprudencia es camino de evolución del Derecho comunitario que utiliza el sentido corriente, aunque también emplea principios generales en el sector a que pertenece la cuestión, civil-mercantil, administrativo, penal. En consecuencia, no puede prescindir del alcance de la clasificación de norma dispositiva o imperativa, como pauta de determinación del derecho. No obstante, el criterio de efecto útil y la interpretación sistemática y comparativa abundan en las motivaciones como un mínimo común denominador, conformando la existencia de derecho europeo con el mensaje, flexible, accesible y pragmático. Razonable es término usual en su vocabulario.

La integración jurídica comunitaria instituye un orden jurídico nuevo con carácter propio, ni internacional ni interno. El régimen específico está basado en el interés global de la comunidad europea. La lógica interna del sistema responde a un orden a la vez originario y complejo, que cuenta con la autonomía institucional de los Estados miembros. Los principios y los objetivos responden a valores comunes, una comunidad de derecho con mecanismos de adaptación. Entre los valores comunes está el interés general comunitario. Las barreras del espacio ceden o se abren ante el espacio económico europeo. El Tratado de Maastricht sobre la Unión Europea de 17 de enero 1992 es fuente primordial de un sistema jurídico comunitario.

1.2. *Entre unidad y pluralidad. La aventura de la unificación*

En los proyectos de armonización y modernización del sistema jurídico en cada uno los países incorporados en los últimos años se advierte que el

desarrollo actual del Derecho en Europa congrega soluciones a problemas que previamente surgen en ordenamientos internos. La riqueza de soluciones que proviene de esa variedad ha sido durante tiempo polo de atracción de expertos. La doctrina, la jurisprudencia y la praxis han dedicado considerable esfuerzo para armonizar el Derecho privado de los Estados miembros y en ningún aspecto carece de repercusión el Derecho de la Unión. Uno de los más destacados es la configuración paulatina, «a golpe de sentencia» de derechos fundamentales recibidos en el ordenamiento jurídico comunitario. Algunos desde la perspectiva de tutela de la persona se consideran comunitarios, como la subsidiaridad, proporcionalidad en las sanciones, solidaridad en las obligaciones mercantiles. En este terreno es una realidad que la Unión ha proseguido más allá de la consideración del individuo aislado considerado como factor de producción en el mundo económico con una disciplina de protección y amparo. Buena muestra de ello es el derecho a la tutela judicial efectiva con garantías procesales en el Convenio Europeo, y los principios básicos asumidos por vía pretoriana, recogidos en las Constituciones nacionales. La diferencia entre los diversos ordenamientos se hace notar especialmente en estos sectores de protección y amparo. Es el caso de la cláusula *standard mínimo de protección*, que con elevado designio abre cauce a fisuras basadas en el principio de supremacía del Derecho Comunitario. Con diversas orientaciones se hace notar que es tarea importante definir esferas, configurar una justicia civil de calidad, elaborar proyectos capaces de integrar la Unión Europea como organización. La tarea organizativa es propia de normas comunitarias en la esfera del poder público, *de iure condendo*, la convivencia en la esfera privada de lo cotidiano se centra en materias de iniciativa legislativa y jurisprudencial de interés comunitario desde dentro¹³. El dinamismo en las personas, desplazamiento de mercancías, actos jurídicos y gestión económica empresarial asumen las disposiciones legislativas comu-

¹³ Sobre la política proteccionista, el famoso Auto del Tribunal Constitucional de 27 de mayo 2014, núm. 152/2014, sobre el deudor hipotecario atrapado por la ejecución de la garantía en situación de necesidad. Invoca el juicio de proporcionalidad entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida motivada por la crisis económica y financiera. La alteración significativa por circunstancias económicas que frustran el acceso a la vivienda familiar a través de un préstamo hipotecario cuya duración en el tiempo es harto larga (30 años). Los arts. 14 y 24 CE impulsan la reforma legislativa sobre las cláusulas excesivas. Se cuestiona el principio de razonabilidad de la diferencia de trato, justificado por las circunstancias del caso, en relación con lo dispuesto en la nueva Ley 1/2013 sobre la cláusula general de igualdad y pérdida de capacidad económica.

nitarias e internas, ambas en relación con el mercado único, como el eje hacia el que se dirigen.

La perspectiva del Derecho privado presenta el panorama más amplio en el contrato. El contrato en calidad de acto de autonomía privada incorpora ya desde antes de la perfección la operación económica. El acuerdo previo introduce elementos formales, no estrictamente privados, con una disciplina hermenéutica amplia. El incumplimiento de los deberes de información, por ejemplo, es suficiente para dotar de contenido efectivo la conducta del oferente obligado y destinatario, con eventual indemnización del interés contractual positivo. El grupo de expertos en Derecho contractual que elaboró el instrumento opcional del Derecho contractual Europeo para consumidores y empresas, marco común de referencia (DCFR), colabora con la Unión Europea para suplir lagunas en el proceso de integración jurídica, viabilidad del instrumento contractual, perfección del contrato, interpretación, contenido y efectos. Conserva la variedad de cláusulas contractuales y reglas de determinación con fin supletorio. El Reglamento de Roma intenta simplificar y consolidar la legislación vigente entre tipología y efectos. En el Libro Verde de la Comisión, entre los objetivos que pretende, figura que el mercado interior es un «sinfín de contratos ‘que se rigen por distintas legislaciones nacionales’. El ‘sinfín’ de contratos (hipérbole) alude a los atípicos, sin tipo legal determinado, por tanto dejada a la libertad contractual al albor del derecho dispositivo. Se propone mejorar la calidad y coherencia del Derecho contractual europeo estableciendo el marco común de referencia (DCFR)». En definitiva, el sinfín de contratos es el escenario más cercano al Derecho privado y la relación entre Economía y Derecho amplía la gama de figuras conocidas en el mundo de los hechos jurídicamente relevantes (pérdida, ganancia).

Aun cuando la distinción entre Derecho público y Derecho privado no esté contenida en estos «documentos normativos» sí que figura en los textos la mención como materia civil-mercantil, Derecho Administrativo, Derecho público procesal, sanción penal. Las sociedades, por ejemplo, se entienden de Derecho civil o mercantil, incluso las cooperativas y las demás personas jurídicas son «de Derecho público o privado», con excepción de las que persigan un fin lucrativo, art. 48 Tratado constitutivo de la Comunidad europea. Constan los límites de orden público, moral, seguridad, arts. 30 y 39. En el Tratado de Niza la armonización toma como perspectiva las disposiciones legales; los contratos de consumidores no forman un tipo contractual autónomo, se estructuran más bien sobre la base de una cualidad personal, el

débil por la dependencia económica de una de las partes en el contrato. La «cultura de mercado» atribuye al mercado una suerte de *status* contractual que induce a recuperar la imagen del *status* en el contrato¹⁴. Mantener en vida el contrato no se opone a justicia contractual si al extirpar una cláusula abusiva el resto no está dañado, tal es el caso de la nulidad parcial, si la cláusula infectada puede remplazarse de acuerdo con una norma dispositiva. La posibilidad de normas dispositivas en el derecho europeo cuenta con este remedio adecuado al contrato como operación económica.

I.3. La estructura de la comunidad Europea no se configura como un supraestado

Aunque está dotado de instituciones permanentes que se imponen a los Estados y decisiones y reglas propias sancionadoras de su incumplimiento, la UE no es un supraestado. Sin la cima de la Constitución las normas son internacionales.

I.4. Sobre las diferencias en los principios de derecho contractual

La clasificación binaria entre imperativo y dispositivo importa en la praxis por sus implicaciones en la eficacia de los actos y porque repercute en la licitud o ilicitud de la causa del negocio jurídico. Por principio un pacto o una cláusula inserta contraria a una norma imperativa se expone a la nulidad, absoluta o parcial. No ocurre lo mismo cuando el precepto contrariado tiene carácter dispositivo, por más que sean irregularidades formales. En la propuesta de Reglamento sobre la armonización de contratos en la Unión europea, como ya se ha repetido, se indica que «el mercado se basa en un sinfín de contratos que se rigen por distintas legislaciones contractuales nacionales». Su objetivo es «definir las opciones posibles para reforzar el mercado interior, avanzando en la materia de Derecho contractual europeo»¹⁵. A efectos del presente estudio se advierten dos aspectos principales que se desarrollan sucesivamente. El primero, la íntima relación mercado-contrato: mercado único, sinfín de contratos; el segundo, prestar atención precisamente a esa

¹⁴ G.B. FERRI, «La cultura del contratto e la struttura del mercato», en *Riv.dir.comm* (1997), p. 849.

¹⁵ Comunicación de la Comisión sobre Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas de futuro, COM (2004) 651 de 11.10.2004.

«serie indefinida», el sin fin, que amplía la gama de contratos atípicos y redundante en el concepto mismo de contrato en el ordenamiento comunitario. Las varias categorías de contratos en Derecho europeo admiten un proceso de selección con autonomía negocial y contenido económico. El margen de «opciones posibles» es, en definitiva, flexible en el modo y dispositivo en la forma. Apela al principio de prioridad sobre las legislaciones nacionales en los problemas derivados de las diferencias entre el Derecho contractual de los Estados miembros. Los efectos del contrato o de la norma contractual varían según los sistemas nacionales por tradición histórica. El consentimiento como traslativo de derechos reales (solo consenso) sistema franco-italiano; solo a efecto de derechos personales, como cesión de crédito, subrogación personal, y derechos de carácter intelectual, como cesión de marcas, derechos de autor. Varían las obligaciones de transferir la propiedad como la tradición, en España (título y modo), el abanico de posibilidades explica la presencia del contrato en la vida económica como instrumento indispensable.

Llama la atención que desde el punto de vista político en el Reino Unido haya discrepancia en torno a la pertenencia a la Unión Europea y que el sistema anglosajón de Derecho civil tenga tanta influencia en el continente como modelo pragmático de precedente. La diferencia entre causa y consideratio es relevante.

I.5. Contrato y operación económica

Otras explicaciones favorables al predominio de derecho dispositivo señalan que la libertad de pacto o autonomía contractual sale en apoyo de las llamadas libertades básicas, las referentes a la libertad de circulación de personas, bienes y servicios en el mercado intracomunitario. Basta ver que las personas circulan con contratos: transporte, seguro; los bienes van con los títulos de transmisión; y los servicios, con ofertas y prestaciones personales de hacer. La operación económica está edificada como libertad fundamental, mejor adaptada a la estructura de la Unión, que se desenvuelve en nuevos tipos y subtipos de contratos, muchos comparados con los tipos legales son complejos o irregulares. Sus efectos «extratípicos» gozan de mayor fuerza expansiva y elasticidad. El contrato viene a ser el título jurídico que envuelve la operación económica. Aunque no se reduce a ella es difícil de identificar fuera de ella. Incluso se pone en tela de juicio el concepto unitario de contrato con posibles efectos tan variados que convergen como radios en el

centro de la operación económica. El legislador comunitario cuando interviene pone límites de naturaleza cuantitativa, como en el crédito al consumo (la Directiva 87/102 CEE, se aplica a los créditos superiores a una cifra). La operación económica es la que imprime dinamismo al contrato, mientras que la tipicidad legal se limita a decir si la *regula iuris* dictada por las partes merece tutela jurídica. De manera que la clasificación de los contratos asume nueva disciplina dentro del amplio horizonte sistemático distinto de la clasificación tradicional configurada según el correspondiente tipo legal. Los dos momentos de la vida del contrato, programático y ejecutivo de la conclusión, se resuelven y deciden según la operación económica que se inicia en los tratos previos o precontrato por la información¹⁶.

No faltan argumentos de buen sentido, que por lógica natural los sujetos ordenan la conducta según lo acordado en las cláusulas, pactos o estipulaciones, y en lo no previsto se completa el efecto vinculante con dichos preceptos de autonomía. De manera que, sin estar sometidos al imperio de leyes imperativas, que acaso excluyen o desconocen, estas otras disposiciones no impiden a los interesados hacer lo que dentro de los límites razonables se hayan comprometido. Más aún, de agravarse las relaciones privadas con controles formales de signo imperativo no parece posible construir el *ius novum*¹⁷, que será fruto maduro de la diversidad de sistemas.

Volvamos sobre la afirmación ya indicada de que el Derecho privado europeo o será dispositivo o no será posible llegar a término. Alternativa contundente decíamos, será o no será, que responde a dos enfoques de la distinción sobre el ejercicio de derecho imperativo y derecho dispositivo. El *ius dispositivum* facilita el ejercicio de derechos y la libertad de tráfico jurídico entre particulares, al permitirles incluso elegir con libertad la legislación oportuna. El Derecho imperativo deriva con rigor del Tratado de la Unión secundando el esfuerzo efectivo por alcanzar la unidad europea. Se trata de la aplicación legal necesaria, sin remedio, de manera que no sea posible elegir otra distinta. El momento histórico en el que se configuró el Tratado, entre guerras y distorsiones del siglo XX, le atribuye el papel de norma de primer rango en la jerarquía de las fuentes internacionales, y valoriza los principios informadores comunes a los Estados miembros en conformidad con el carác-

¹⁶ E. GABRIELLI, «Il contratto e le sue classificazioni», en *Studi in onore di Pietro Rescigno*.

¹⁷ A. GAMBARO, «Contratto e regole dispositive», *Estudios en Honor de Pietro Schelesinger*.

ter subsidiario. Estos principios comunes en combinación con la «economía de mercado» facilitan el buen gobierno en materia de información y comunicación como deberes que orquestan el libre ejercicio de la autonomía privada y libertad contractual en el «espacio sin fronteras», espacio de elección diríamos, sin fronteras cerradas. El potente efecto de éxito legitima la actual excepción de cierre de fronteras políticas, proceso que debilita la legitimidad de la Unión en el futuro. La Convención de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales es la que enlaza la autonomía negocial al contenido económico como la guía maestra de la construcción de un Derecho común europeo de contratos que difiere de los tipos clásicos. En el esquema contractual la operación económica adquiere valor descriptivo, la acepción económica útil, como categoría autónoma con relevancia en las circunstancias sobrevenidas, la frustración del contrato si se quiebra, el enriquecimiento no justificado como resultado.

I.6. *Autonomía y autoconfiguración*

Finalmente, otro argumento favorable a la posibilidad de normas dispositivas se encuentra en la importancia de que la participación del ciudadano comunitario en la integración europea sea efectiva, imprimiendo a su paso en la sociedad el núcleo básico del Derecho. Preciso para tal fin es que sea libre, diríamos, por adhesión. Abunda esta exigencia de libertad en el tajante sentido de acercar las disposiciones a los ciudadanos: «de la forma más próxima posible». Parece indudable que la forma también más accesible es la vía de derecho dispositivo, capaz de aplicarse como opción, de manera no necesaria. Como imperativo, pero supletorio.

Ambos enfoques llegan por caminos distintos a la misma conclusión: el ámbito más holgado de autoconfiguración de las relaciones jurídicas se encuentra en las opciones de carácter dispositivo o autodeterminación. No deja de ser razonable que por esta vía objetiva se ofrezca al interesado una solución legal suficiente, y a la vez sin excluir sino complementar otra intención suya principal. A eso se debe que el carácter dispositivo, supletorio, o facultativo aventaje al imperativo en flexibilidad, que acompaña a ambos por el camino hacia la armonía de soluciones. La iniciativa privada en la práctica general y constante, aun careciendo de potestad, acredita que lo que se hizo conforme a derecho, aunque en su dimensión informal (sirven de ejemplo las cláusulas de uso) deja configurado el sello de vigencia conforme a las

fuentes de Derecho privado, sean leyes o costumbres. La interpretación por los tribunales conforme al Derecho comunitario contribuye a promover una práctica más armonizada con principios y reglas reconocidas o reforzadas después como normas inderogables *ad libitum* en el seno de la comunidad.

Con conocimiento cabal de los aspectos reseñados en el preámbulo no es aventurada la opinión de que la armonización del Derecho privado europeo es necesaria, y no menos posible si el sentido de las reglas dispositivas o supletorias secunda las aspiraciones comunitarias a la unidad. Las normas cogentes, por su parte, en cuanto deberes impuestos por la ley imperativa, más propios de Derecho público que, por lo común, son más sensibles a la política económica, y frecuentes en razonamientos técnicos que topan con la base de las reglas de derecho. Añaden a la estructura de la norma, la que el ilustre profesor Federico de Castro nominaba *ratio* y *efectus*, una evaluación de eficacia y eficiencia con reglas perfectamente lógicas e indispensables. El desarrollo creciente del derecho público con fundamento en la economía tiende a colocar la optimización en el lugar que ciertos economistas consideran de primer rango, en la escala de lo razonable.

Se puede pensar que en realidad poco le importan al Derecho comunitario experiencias históricas milenarias, puesto que la unificación jurídica organizada oficialmente aparece de golpe en el Tratado. Pero cosa distinta, aunque conexa, es el interés por conocer el empleo del lenguaje jurídico como medio de expresión de la cultura y las tradiciones de los Estados miembros¹⁸. En esta línea es oportuno recordar el sentido de la vieja fórmula romana: *hujus studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum est quod ad statum rei romanae spectat; privatum quoad singulorum utilitatem*¹⁹. Su significado es variable en cada ordenamiento jurídico. Completa esa descripción romanista el axioma, menos variable *privatorum pactis jus publicum mutari non potest*. El Digesto, en la rúbrica «Sobre los pactos» (tít. XIV, 2,14), acude a la lógica para la comprensión del texto sobre el derecho público y los pactos privados: «Es natural la justicia de este edicto, pues ¿qué cosa hay tan conforme a la lealtad humana que respetar los hombres lo que entre sí pactaron?». Tal opinión parece justísima, ya que la palabra pacto viene de pacción, de donde

¹⁸ Para mejorar la calidad y coherencia del derecho contractual se establece el Marco Común de Referencia (MCR) que incluya principios, terminología y reglas modelo comunes, que use el legislador de la Unión para crear o modificar la legislación.

¹⁹ D. 1,1,1,1,3.

procede el nombre de paz. Efectivamente, el acuerdo se respeta en justicia, y fruto de la justicia es la paz. Ambos sectores, público (*iure publicum*) y privado (*privatorum pactis*), no se entienden con radical incompatibilidad, sino por su propia índole y sentido. De otro modo se detendría el progreso en el Derecho de la Unión Europea. Un elevado grado de imperatividad que exceda los límites razonables de intervención agotaría el margen de aplicación de las leyes. Ese margen que suele dejarse despejado a los destinatarios del «salvo pacto en contrario». La cuestión sobre hasta qué punto una disposición legal comprime la iniciativa y comunicación de la vida jurídica con un muro infranqueable por obstáculos formales, bien merece ser la principal preocupación del Nuevo Derecho privado europeo. Con lúcida expresión afirma Álvaro d'Ors que lo que importa es no degradar el Derecho a simple técnica de gestión²⁰. En ese trance de técnica de gestión se entiende por qué el *ius novum* será dispositivo o dejará de ser Derecho privado. La descripción del Digesto es expresiva de la sagacidad genial de los antiguos juristas romanos, que, ese sí, es un estímulo a imitar al que nos invita el profesor Álvaro d'Ors²¹.

I.7. *Derecho privado sobre el modelo de Derecho común europeo*

De acuerdo con la intuición del eminente romanista el profesor d'Ors dice que no nos sirve de modelo el antiguo *ius communis*. La descripción de las circunstancias concurrentes en el contexto romano para la unificación recuerda situaciones semejantes en el Derecho comunitario, por más que esa forma de unificación a gran espacio que fue origen del *ius commune* sea hoy muy diferente. Se refiere el Digesto a los que llegan y se reúnen en un mismo sitio, procedentes de distintos lugares, y movidos por diversas intenciones, consienten en algo, una convención. No hay contrato que no encierre en sí una convención. En el espacio sin fronteras la libertad de circulación, de pacto, de intercambio de servicios, el contrato es el que mueve la actividad. Recuerda Don Álvaro que sin justicia y paz no hay convención posible. La *utilitas singu-*

²⁰ El derecho no es el arte de manipular los hechos sociales, sino de interpretar correctamente los textos normativos y de resolver correctamente los conflictos de intereses entre personas singulares, *Laurea honoris causa*, 1997, Università degli Studi di Roma «La Sapienza».

²¹ A. D'ORS, *Laurea Honoris causa*, 1997, Università degli Studi di Roma «La Sapienza».

lorum y la gestión de la *res publica* son ventanas abiertas al amplio panorama del derecho en la vida social desde donde se divisa *el ars boni et aequi*.

I.8. *La dimensión europea de mercado*

Se pone de manifiesto que el Estado no es *dominus* de la cosa pública sino *gestor*, con potestad para el servicio del bien común (*communitas política est communitas principalissima*), mientras que pertenece a los ciudadanos como titulares el *ius suum* en la esfera *singulorum utilitatem*. En el antiguo derecho, como ahora, el Derecho público, gestiona o administra, sirve al interés general, y el Derecho privado se detiene en la idea de que en la vida común hay que dar a cada uno lo suyo. En el servicio a los intereses particulares coopera y aproxima a cada uno el *ius suum*²². El principio de subsidiariedad mantiene y desarrolla la cooperación en la forma más abierta y próxima a los ciudadanos, expresión que figura en las disposiciones comunes del Tratado CEE, art. 1, tít. I.

II. LA *PRIVATA LEX*. EL AVANCE HACIA UNA LEGISLACIÓN EUROPEA

Suele emplearse la expresión leyes nacionales como referente de las no comunitarias cuyo carácter de ley difiere, como vimos, en las fuentes. En este sentido se comprende la idea de avance para aludir al progresivo ajuste a las circunstancias concretas. La mejora de calidad en la nueva legislación, no alude necesariamente a leyes, a nivel comunitario.

II.1. *El poder dispositivo entre sistemas de propiedad*

Hasta aquí hemos visto un aspecto del ámbito de la disposición en materia de contratos, derecho europeo de contratos. Con la referida expresión queda a las claras que la autonomía de la voluntad es pieza clave y gana terreno, tanto en el ordenamiento jurídico comunitario como en los Estados miembros²³. Algo semejante ocurre con la idea de dominio o propiedad. Así

²² Principio acuñado en tiempo inmemorial, contenido en el patrimonio común occidental, expresado en el *Corpus iuris* (Ins. I.1).

²³ El Derecho dispositivo no es en principio ningún impedimento para una adecuada libertad de circulación. El Derecho imperativo será un límite solamente en aquellos casos en que no sea posible elegir la legislación aplicable. Limitar la autonomía necesita una justificación. S. LEIBLE, *o.c.*, p 1592.

se habla de sistema de *numerus clausus* o *apertus* según sea el título constitutivo de derechos reales y el carácter típico o atípico de una relación jurídica real.

Mientras que la distinción entre contratos administrativos –o derecho público– y contratos de Derecho privado se emplea en los sistemas continentales codificados, no se usa la distinción en Derecho anglosajón que se suple por presunciones implícitas. De manera que un abogado inglés, por ejemplo, explicaría a otro continental que en Inglaterra hay dos grandes componentes: el *common law* y la *equity*, y que allí el concepto unitario de propiedad no se conoce tal y como se tiene en el continente. En Inglaterra la propiedad está desmembrada, en sentido de separar aspectos. Ejemplo es el *trust*, institución peculiar al Reino Unido e Irlanda que funciona *ad extra* como si fuera una propiedad temporal gestionada por una o más personas (*trustees*) en ventaja económica de otras determinadas (*beneficiari*) lo que, a efectos de calificación, suscita la duda de si entra en la esfera de los derechos reales (*property*) o de las obligaciones (*contract*) como fianza, mandato, o contrato a favor de tercero²⁴. El *equitable interest* comporta en ese sistema jurídico de corte jurisprudencial una eficaz línea de defensa sin necesidad de invocar el patrocinio de la ley para recurrir a ese grado superior de justicia que es la equidad. El legalismo codificador dejó la equidad tan supeditada a la ley como el juez a la palabra del legislador. Solo si la ley se remite a este plano superior se aplica la equidad, sin indicar con ello que existe un régimen metajurídico por encima del legislado. Los juristas continentales suelen justificar la remisión con base en la tendencia hacia el derecho flexible, entendido como criterio moderno frente al viejo rígido y formalizado.

La fuerza obligatoria del contrato deriva de la voluntad concurrente de las partes inspirada en el principio *pacta sunt servanda*, lo libremente estipulado, aunque la imperatividad no resulta impuesta por la voluntad sino por el ordenamiento jurídico. A esta orientación responde el artículo 1091 del Código civil, que enuncia el principio de autonomía de la voluntad. Se trata de dos fases: primero el nacimiento de la obligación, y la ejecución o cum-

²⁴ Schlosser describe el *trust* como la relación jurídica que surge cuando una o más personas (*trustees*) son titulares de derechos que poseen o usan en ventaja de una o más personas determinadas (*beneficiari*) o por una finalidad admitida por la ley, a fin respectivamente de disfrutar los beneficiarios de ventajas económicas. No tiene personalidad jurídica. Cfr. Di Vanna G. Levi, «L'Adesione danese, inglese e Irlandese alla Convenzione di Bruxelles sulla procedura civile», en *Riv di Dir. Europeo* (1980), p. 265.

plimiento después. La expresión *fuerza de ley*, tomada del Código Napoleón (art. 1134), se entiende mal, porque no es la ley pública sino el compromiso el que obliga a las partes contratantes *tal y como* obligan a los destinatarios los deberes que la ley (pública) impone, con rigor, cuando este se precisa, y flexible, en la mayoría de los casos. Más bien se trata de la fuerza interna de autonomía negocial o libertad de pacto establecida como ley del contrato, con los límites extrínsecos en aras a los intereses públicos, sociales, mantenimiento del orden social e incluso del orden privado. La seguridad jurídica se basa en la eficacia de las relaciones que ligan entre sí a los ciudadanos.

II.2. *Contrato y convención*

Pregunta de no fácil respuesta es si la autonomía privada en el ámbito nacional corresponde a los principios de Derecho comunitario en los contratos transfronterizos. Más difícil es entender que precisa de una nueva noción de contrato abierta a los actores del mercado. La alegoría (no es casual de procedencia inglesa) de que el «contrato ha muerto», por fortuna no se ha cumplido. Más aun, vive y se multiplica en grupos de contratos. La respuesta requiere, por tanto, una reflexión detenida empezando por la famosa «fuerza de ley», expresión que supone resuelta la ley del otorgamiento o la del cumplimiento cuando ambas fases se producen en diverso espacio, dentro y transfronterizo. En otro aspecto la fuerza contra ley ante la imposición del contratante fuerte al débil protegido por ley. El contratante ha de actuar con buena fe objetiva, prestar información suficiente desde el precontrato, no abusar de la posición dominante en el mercado.

Es de notar que en época codificadora se hizo frecuente el empleo de la palabra convención con el significado genérico de «la que se hace por la paz». El término convención fue usado en la antigüedad para indicar que pactan entre si alguna cosa los jefes militares, vimos el pacto por la paz en el inicio del derecho europeo. Una forma articulada de convención en nuestro tiempo son los Tratados Internacionales o Convenios, fuentes de Derecho que encabezan las derivadas de Derecho comunitario. El Tratado de la Unión²⁵ sentó las bases al futuro devenir político precedido por guerras que desolaron a Europa en siglos anteriores. El principio *pacta sunt servanda* tam-

²⁵ El Tratado de Niza modifica el Tratado de la Unión Europea el 26 de febrero 2001.

bién es aplicable a los Tratados o pactos entre Estados con la fuerza de ley internacional en que se fundamenta el Tratado de Maastricht, por extensión la Convención de Bruselas y la Convención de Lugano. La misma palabra «convención» se emplea con un significado específico referente al contrato. Así se dice: «cuando las partes contratantes convienen o acuerdan sujetarse a algo común». Ese algo común «algo al menos de dos», es la *lex privata*, que garantiza la paz jurídica. Esta *lex*, no pública sino privada, surge del compromiso entre las partes contratantes de colaborar para llevar a término un negocio o contrato o una transacción²⁶. En tiempos históricos el genio romano, nos dice Álvaro d'Ors, descubrió el valor del consentimiento (*cum sentire*) no como *corpus* sino como *alma* de los contratos. De entonces acá la libertad contractual y la iniciativa económica, el núcleo de la *privata lex*, son el motor de la vida económica y social. No es de extrañar, por consiguiente, que en nuestros días la primacía de Derecho comunitario sobre el interno no suplante sino que deje amplio margen al *ius dispositivum* centro de la *autonomía*, por más en un nuevo sistema de organización social sin conmociones ideológicas.

En la actualidad desde luego el punto de apoyo en las soluciones jurídicas es la autonomía de la voluntad. La jurisprudencia española reitera que el artículo 1091 de nuestro Código civil contiene la «norma sancionadora del principio de autonomía de la voluntad y respeto y obediencia a los pactos». Enlaza con la tradición en la que se formaron los juristas en todo tiempo: «Es menester advertir aquí que hay algunos pactos reprobados por el derecho, y que por lo mismo están muy lejos de producir obligación...», «De todo pacto serio nace obligación civil y acción»²⁷. Sirva de ejemplo de las motivaciones, entre muchas, la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero 1981 señala que el hecho de que las obligaciones *nacen* del contrato –o en su caso– de la ley alude al origen o fuente, mientras que su ejecución o cumplimiento no necesariamente se decide en un pleito o contienda que culmine en resolución judicial.

Las partes pueden de común acuerdo elegir a un tercero para que dirima la cuestión. Es el caso de la mediación, arbitraje o transacción. El respeto a la

²⁶ En los Principios de Derecho Europeo de la Comisión Lando se dice expresamente que las partes se obligan recíprocamente a cooperar para dar plena ejecución al contrato I:202.

²⁷ Cfr. *Ilustración del Derecho real de España, ordenada por Don Juan Sala*, 2ª ed., tomo I, tít. IX, De las obligaciones y contratos en general, p. 233.

autonomía de la voluntad de las partes se recoge en la Ley 6 de julio 2012, reguladora de la mediación en los asuntos civiles y mercantiles, con transposición a nuestro Derecho de la Directiva 2008/52. El modelo de mediación, según el preámbulo III, pretende una intervención activa orientada a la solución de una controversia por las propias partes interesadas. El régimen de la ley, nos dice, se basa en la flexibilidad y en el respeto a la autonomía la voluntariedad y libre decisión de las partes, y la manifestación de un mediador fundamenta esta elección de procedimiento. Consecuencia indirecta de la insuficiencia actual en los medios para la solución de conflictos transfronterizos, el segundo eje de la mediación es la *deslegalización* o pérdida del papel central de la ley en beneficio de un principio dispositivo, que rige también en las relaciones que son objeto del conflicto. Como fórmula de autocomposición, institución ordenada a la paz jurídica, la mediación está en conexión con la jurisdicción ordinaria pero tendente a la *desjudicialización* como alternativa cuando las partes no hayan sido capaces de poner fin al acuerdo.

A nivel europeo la perspectiva de una codificación plantea dos cuestiones sobre el modelo a seguir y la coherencia de un código entre economía y mercado: problemas sobre la categoría dogmática de contrato, formación, efectos, modificación y ejecución o inejecución; la importancia del tercero cesionario de crédito en los contratos de financiamiento o fiduciarios; la patología, en particular nulidad plena, parcial, anulabilidad, y los remedios del error en general, en particular el enriquecimiento sin causa. Se discute fundamentalmente si es necesario hacerlo y el modelo a seguir: el francés con su influencia, *Code civil*; el alemán, BGB con incorporación del consumo; el italiano que incorpora la idea de empresa, *Codice*. En Derecho comparado contrastan los caracteres diferenciales del *Common law*, de tradicional impronta jurisprudencial el filtro de la jurisprudencia; y la *Law Commission* actualmente a título prioritario en obligaciones. En Inglaterra las convenciones internacionales, a que se adhiere, pasan a ser directamente Derecho propio y uniforme, con el tradicional pragmatismo y empirismo del juez inglés. Los juristas continentales se separan del mundo anglosajón a la vez que incorporan la libre intervención judicial. El problema del estilo y la técnica legislativa son aspectos de la metodología moderna, después de la decadencia del dogmatismo que marca la etapa reciente del método²⁸.

²⁸ G. GANDOLFI, «Pour un code européen des contrats», en *RTDciv*, 91(4) (oct.-déc. 1992), p. 714.

II.3. *Sobre la deslegalización. La problemática de la unificación europea*

La noción de orden público interno, según la jurisprudencia, abarca el conjunto de principios informadores en un país y en un momento dado. La misma expresión como orden público internacional se utiliza para designar el conjunto de principios y reglas que están en vigor en el Estado donde se ejecuta una sentencia. En particular el laudo arbitral²⁹. Su aplicación más propia es la defensa del orden institucional, por tanto no es su función solo de impulso ni solo de freno, ni queda al arbitrio de un grupo social. Como núcleo nunca acabado permanece su función dinámica antes y después de la deslegalización, está más allá de la ley. Como impulso está en la iniciativa privada, como límite en la raíz el sentido protector. No se identifica por eso en Derecho europeo con el acaecer legislativo de ninguno de los Estados miembros sino que preside su propio desenvolvimiento. En Derecho Europeo no queda su misión dinámica a merced de normas imperativas, con menos obstáculo las dispositivas más cerca de la persona por ser expresión de libertad.

II.4. *La observancia de las leyes y las cláusulas generales*

La coordenada del tiempo arrastra la histórica tensión entre *lex privata* y *lex publica*. Tan importante el tiempo en el Derecho que dependen de su curso los efectos de las leyes y pactos, allí donde inciden los acontecimientos económicos y sociales. Los efectos en las obligaciones condicionales, suspensivas o resolutorias, dependen del evento a que se subordina el cumplimiento de la obligación, la eficacia o la ineficacia del pacto (*pendente conditione, conditio deficit*). Evento es lo que puede ocurrir o no en un período de tiempo, el marco de expectativas. A diferencia del plazo, que es determinado (*dies*) o indeterminado. Influye el acontecer en las circunstancias económico sociales que alteran o frustran el contenido de lo acordado, como la *clausula rebus sic stantibus*. En particular, el tiempo histórico preside el contexto de la *lex privata*. En el tiempo se presentan con nuevos aspectos el desenvolvimiento y valor en la *lex privata*. En realidad una misma relación jurídica puede regirse sucesivamente por ley civil o procesal. Caso de incumplimiento de las obligaciones: si procede la

²⁹ Una conclusión del Comité sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales internacionales, 70 conferencia en Nueva Deli, 2-6 abril 2002, *Revue de l'arbitrage* (2002), nº 4.

ejecución forzosa, esta medida procesal reviste carácter de orden público, y las leyes procesales son aplicables *de oficio* por el juez.

El paso del tiempo acerca el espacio europeo. El *efecto útil* de la Directiva, como instrumento de construcción europea, reclama que solo las disposiciones precisas e incondicionales son invocables. Una aplicación del «acto claro». Finalmente, retomando la distinción Derecho público y Derecho privado ha ido variando en el tiempo de significado legal mediante un extenso «todavía». A ello alude la jurisprudencia cuando afirma que la legislación española está *todavía* presidida por el principio de autonomía de la voluntad, juntamente con los límites naturales en los artículos 1255 y 1091 del mismo Código, sentencia 3 de mayo 1960. Ese significativo *todavía*, comparativo de menor cantidad o calidad, ha recibido influjos dilatados en el tiempo. Con sucesivos intentos de unificación del derecho, la oferta de modelos uniformes convencionales y nuevas fórmulas tendentes a un Derecho común de Europa, se produce una honda transformación en diversos campos de Derecho privado tradicional³⁰. El excesivo protagonismo de la Administración llega a sofocar con la burocracia la libre iniciativa. Entre los modos de proceder la Administración pública respecto a la autonomía privada, según los casos, figuran que fomenta, controla o sustituye la iniciativa privada ¿las normas dispositivas? El Derecho privado como cauce de la vida social es más permanente que el Derecho público por la defensa del orden institucional, no la exclusión.

II.5. Sondeos hacia el Código europeo de obligaciones y contratos

No deja de sorprender la propuesta de un Código europeo como sistema de referencia de obligaciones y contratos en tiempo de descodificación. La primera cuestión que se plantea es precisamente la necesidad, aparte la materia, que será civil-mercantil. Un cuerpo extraño a la ideología y política de los códigos nacionales, con contenido distinto, no un sistema de tipos contractuales sino de reconstrucción de nuevas figuras y nuevos cambios³¹. Código que encierre el vivir civil ni emergente ni transitorio. En resumen, la autonomía de la voluntad y la propiedad, aun no del todo aligeradas de

³⁰ GRUNDMANN, «La struttura del diritto europeo dei contratti», *Riv. Dir. Civ.*, I (2002), p. 365.

³¹ G. B. FERRI, «Contratto e negozio, da un regolamento per categorie generali verso una disciplina per tipi», *Separata, Riv. Dir. Comm. e del Dir. gener. delle obbligazioni* (1988), p. 241.

lastre de ideología, ocupan «todavía hoy» el centro del Derecho privado. La contraposición interés público e interés privado también cambia de signo. El Tratado CEE amplía espacios a la libertad de circulación de personas, servicios y capitales ¿Cabría ahora tanta libertad en el contenido de un genuino Código europeo refugio del interés privado? La nueva inspiración no encaja desde luego en los códigos del siglo XIX. La codificación decimonónica, vista desde el lado opuesto o «descodificación», sirve de tabla de contraste con el proceso actual de codificación europea. En el fondo, la descodificación nos aleja del iluminismo ilustrado. Nuevos signos de modernidad son el desvío del régimen general merced a leyes especiales. Las leyes especiales completan o suplen lo ya legislado con nuevo espíritu vertido en estándares de conducta o comportamiento, ya sean las buenas prácticas, la buena fe objetiva, regla primaria de conducta vinculada a la palabra dada, las buenas costumbres o los modos de ser razonable en Derecho privado, la transparencia, la proporcionalidad, etc. Estos son los términos utilizados en el Derecho moderno y en la práctica internacional resuenan con sonido económico. La ley del mercado, por ejemplo, es el pivote donde se apoya la legislación económica o financiera. Las leyes estatales tienen relación con la historia, al ser por definición las que apuntan al porvenir. En las Exposiciones de Motivos de las leyes nuevas no faltan augurios de esperanza que apuntan al futuro. En la configuración del Derecho privado comunitario hay dos explicaciones principales. Una de ellas, lo sitúa en la rueda del Derecho Internacional, por estar en la cima de las fuentes el Tratado. La otra, centra su núcleo normativo en la especialidad dentro del Derecho privado de la Unión (*Gemeinschaftsprivatrecht*). Especialidad que aspira a crear y mantener el mercado único, y en esa medida afecta a la iniciativa económica. No es ahora el momento de fundamentar esas líneas diferenciales, pero interesa destacarlo porque influyen en la interpretación en el Derecho privado comunitario. Se ha dicho que si el Derecho privado comunitario tiende a la composición de intereses de todas las partes es precisamente por ser Derecho privado³². Esto explica que en todos los ordenamientos jurídicos integrantes de la Unión se encuentren o tiendan a valorizar figuras de contratos con influencia del carácter comercial, luciendo el apelativo comunitario, como la compraventa, transporte, seguros, sociedades, etc.,

³² C. BALDUS, Versión de la lección inaugural (*Antrittsvorlesung*), pronunciada en la Universidad de Heildelberg, el 28 de abril 2005. *Interpretación histórica y comparatista en el Derecho privado comunitario*, Francisco Javier Santos (trad.).

y explica también que se generalicen conceptos como la resolución, revisión, los derechos potestativos del BGB (*Gestaltungsrecht*), o sanciones y remedios de origen anglosajón o francés, como las *streintes*, tanto por cada día de retraso. El contrato es irrevocable para ambas partes en virtud del principio *pacta sunt servanda*, por lo que no puede dejarse al caprichoso arbitrio de uno de los contratantes su validez y cumplimiento (art. 1256 CC). No obsta a que el cumplimiento se deje al arbitrio de un contratante cuando se limita al ejercicio de un derecho potestativo incluido en el contrato (sentencia 30 de octubre 1983) y en los contratos a tiempo largo o indeterminado cabe el desistimiento con indemnización si hay lesión. La postura de un eventual *ius commune* europeo se vertebraba no tanto por la idea de contrato y propiedad sino por la de empresa y consumo. Contratos de empresa y derecho de consumo, ambos en relación al mercado.

II.6. *La globalización en derecho de familia y sucesiones*

En el ámbito de familia y sucesiones la evolución jurídico-social es creciente y suscita la duda en casos particulares de hasta qué punto modifica el alcance de la tutela jurídica en el plano transnacional. Con la circulación de personas ha dejado de ser el Derecho sucesorio la parte del Derecho privado menos conocida. Ahora irrumpe la sucesión en el espacio jurídico con la fuerte carga familiar portadora del principio de libertad de testar. Principio que adquiere para el ciudadano europeo una dimensión transnacional por su enlace con el régimen económico matrimonial³³. A mi modo de ver, el reemplazo del antiguo llamado principio de «unidad de familia», en que uno es quien administra, representa y dispone (en principio el marido), por el principio de igualdad jurídica altera los presupuestos sucesorios. No creo que la perspectiva de género sea causa única sino consecuencia de otros factores extrajurídicos relacionados con el trabajo y modos de conducta, popularizados por el consentimiento recíproco «socialmente reconocido», afectado por las políticas estatales de debilitamiento progresivo de imperatividad, la autorregulación libre y constancia registral sobre uniones de hecho. Basta pensar en la legítima del cónyuge separado, el abandono con separación judi-

³³ Las profesoras T. TORRES GARCÍA y M^a P. GARCÍA RUBIO, *La libertad de testar. El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, p. 208.

cial única suerte reconocida en su día por el legislador, hoy ruptura con o sin explicaciones, situaciones claudicantes. La desjuridificación del matrimonio y el reconocimiento de plenos efectos a las uniones de hecho con equiparación de la transcendencia jurídica producen la agonía no solo del matrimonio legal sino del Derecho de familia. El interés de la familia se reduce al mero interés público de la puesta a disposición de energías, bienes y servicios entre convivientes, si hubiera convivencia estable, en otro caso alejarla de ese modelo de «fenómeno social» para la protección individual del perjudicado como necesitado de particular tutela, por abuso, impedir el fraude o frente al enriquecido sin causa, *repetitio indebiti*. El régimen que quiera establecer el poder público siempre será dispositivo y no imperativo, salvo las consecuencias del hecho en la liquidación de la «afectividad», acreditadas en la escritura pública como presunción de existencia de la unión, verificación real de los hechos, consecuencias constantes de la unión, lugar y tiempo³⁴.

La máxima *ambulatoria est voluntas hominis usque ad mortem* que vela por la libertad de testar y revocación de los testamentos adquiere nuevo significado europeo, facilitar la libre circulación de personas en la UE, entorpecida como consecuencia de los obstáculos que sufren cuando desean ordenar su sucesión *mortis causa* y los problemas que previsiblemente padecerán sus herederos y legatarios, y las demás personas «allegadas» al causante, así como los acreedores del causante y de la herencia. Actualmente abundan las cláusulas testamentarias de desheredación con privación de legítima por conducta grave, negativa de asistencia, alimentos, en salud y enfermedad, ofensas, que admiten el perdón del ofendido con renovada legitimación del desheredado. En términos generales la legítima no es de orden público internacional. La mejora, institución tradicional, deja de serlo por razones demográficas, si el hijo es único. El testamento deja de ser el único instrumento de disposición de bienes *mortis causa*, dejando paso al testamento mancomunado y formas pacticias³⁵. De manera que la titularidad hereditaria, la titularidad patrimo-

³⁴ M. COCA PAYERAS, «Competencia legislativa, parejas de hecho, libre desarrollo de la personalidad e ilimitada autonomía de la voluntad», *Revista de Derecho civil* (2014), pp. 29 y ss. F. CANTERO NÚÑEZ y A. LEGERÉN MOLINA, *Las Uniones de hecho*, Instituciones de Derecho privado, Pamplona 2015, separata.

³⁵ El Programa de Estocolmo «Una Europa abierta y segura, que sirva y proteja al ciudadano» consideró la necesidad de ampliar el reconocimiento mutuo entre los Estados-UE de las sucesiones y testamentos destacando la importancia en la vida cotidiana de los ciudadanos europeos.

nial, la fijación y el pago de la legítima, se desplazan en tipos incompatibles con los reconocidos con base legal.

El nuevo Reglamento europeo sobre sucesiones, Reglamento UE, se publicó el 27 de julio, 650/2012 de 4 de julio. Se refiere a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo. Se entrelazan aspectos de derecho de familia y antiguas concepciones que no facilitan la reforma. Hay dos modelos, el modelo monista de unidad de sucesión, y el modelo de escisión y fragmentación. El primero vigente en España, art. 98.8, con independencia de los bienes.

Para aceptar o repudiar una herencia ha de estar cierto el interesado de la muerte de la persona de que se trata, art. 991 del Código civil. La certeza en el área europea enlaza con el documento, certificado sucesorio europeo, que el testamento sea válido, el último testamento notarial válido, y la ejecución, la interpretación y los medios de prueba forman un complejo desarrollo de la doctrina de los actos *mortis causa* y de actos intervivos con función *mortis causa*. Las circunstancias personales del causante o heredero, la atribución de los legados, la toma de posesión, las opciones de pago de la legítima se relacionan con las cláusulas de estilo. Una concepción no publicista como relación entre sujetos privados entra en Europa por la puerta grande³⁶.

III. LA UNIFICACIÓN POLÍTICA SUPRANACIONAL

III.1. *La revisión judicial del proceso político*

¿Es más permeable el Derecho público que el Derecho privado? La influencia recíproca entre Derecho público y Derecho privado se intensifica cuando el comportamiento exigible o razonable excede el mínimo reglamentado. El Derecho de mínimos. El mínimo es el espacio clausurado a la disposición, donde las normas dispositivas no entran por la puerta cerrada a la autonomía por imperativo legal. Es el caso de la tutela jurídica de los «oficialmente» débiles que cuentan con políticas unilaterales de protección.

³⁶ L. PRATS ALBENTOSA, «Ley aplicable a lasucesión mortiscausa en la Unión Europea y creación del Certificado sucesorio europeo», *Diario La ley*, 16690/2012.

Los alimentos entre parientes, por ejemplo, son derechos de naturaleza privada que quedan bajo la garantía del Estado, problema social de indudable importancia, pactos de alimentos de contenido mínimo. El carácter protector como finalidad de la normativa sobre la materia es apremiante con el Derecho público y políticamente urgido por los valores en el Estado social y democrático. Incluso la salvaguarda del perímetro fronterizo. A veces se incita al Derecho privado a servirse de la tutela efectiva en otras situaciones que reclaman protección y amparo: los discapacitados, dificultades laborales y participación precaria en instituciones administrativas. En estos casos más bien se supera la dicotomía interés público y privado ante circunstancias imprevistas o imprevisibles en el momento originario de la constitución. Cuando se generaliza el desahucio por multiplicación de deudores insolventes se reclama a la potestad pública paliar o moderar los efectos «perversos» de la aplicación de las leyes, enervar la acción. El Derecho público asume entonces un contenido político, en busca de soluciones más flexibles procedentes del Derecho privado, como en la hipoteca de vivienda la dación en pago, arrendamiento, etc.³⁷. En realidad ser deudor de por vida, con todos los bienes o sin poseer ninguno en el presente y comprometido el futuro explica la desafortunada expresión ilustrada de que toda persona tiene un patrimonio y solo uno. Se advierte la importancia de la justicia para eludir la actual coyuntura. Pagar y cumplir las obligaciones define el acto de justicia, pero la sola acción de la justicia no resuelve. El exceso desconsiderado de gasto público es la mayor amenaza a la iniciativa privada.

III.2. *Los límites de la unificación. La unión económica y monetaria*

En Derecho privado comunitario la tendencia a modificar por vía legislativa el régimen jurídico de las obligaciones y contratos responde a evitar la imposición de un criterio desfavorable a la unificación. El *common law* no emplea la distinción Derecho imperativo y dispositivo. La expresión *open contracts* indica que el contrato queda abierto y deja margen a la voluntad

³⁷ Las disfunciones en los procesos de ejecución hipotecaria pensaron en la dación en pago obligatoria con carácter retroactivo, que plantea nuevos problemas de solvencia en el sistema financiero y conduce a la pérdida de la vivienda. Se propone una solución alternativa a la vía judicial para evitar conflictos y descongestionar juzgados. Ahora bien, la hipoteca sin la fase de ejecución del crédito insatisfecho no es garantía real. Al menos se desnaturaliza como derecho real de realización de valor. La presión social *paraliza* el gravamen real pero no lo sustituye.

implícita para suplir lo no previsto. En el *Uniform Commercial Code* de los Estados Unidos los artículos empiezan con las palabras «si no se ha convenido otra cosa»³⁸. Hoy no se discute el acierto de incluir normas de carácter dispositivo (*optional*)³⁹ en los textos legales, con fuerza vinculante mientras los interesados no los excluyan⁴⁰. Todo ello dentro del dominio público del derecho monetario bajo control de BCE por ser orden público económico.

IV. EL DERECHO DISPOSITIVO EN LA INTEGRACIÓN EUROPEA

La Unión europea es un proyecto político, económico, social dirigido a caminar en el tiempo y en el espacio. Nos recuerda el artículo 6 del Tratado de Lisboa, que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Dicho principio está reconocido con carácter general en las Constituciones de los países de nuestro entorno. Ya en época codificadora se pensaba que todo cabía o podía ser regulado en los códigos⁴¹, al punto de que *quod non est in codice non est in mundo*. Aquellos legisladores en tiempos de apogeo del iusnaturalismo individualista sentían predilección por el mandato imperativo expreso. La ficción del derecho es capaz de crear un muro a la libertad con la fuerza del artificio que el ciudadano no puede traspasar, excluyendo incluso las entidades intermedias. Por contraposición a ese modo de ver la libertad, el nuevo Derecho del que es mérito civilista basarlo en la autonomía privada, se configura integrado con la materia civil-mercantil, dentro de los límites intrínsecos y extrínsecos, de que se toma la noción de patrimonio personal como garantía general a que sirven los bienes (art. 1911 CC), y patrimonio social en las sociedades de capital. Obligaciones y patrimonio componen la materia más novedosa de reglas de Derecho privado Europeo⁴². El art. 8 del Convenio europeo impone un principio de respeto a la vida familiar y privada, por más que indirectamente traduce un modelo de tolerancia de uniones

³⁸ PUIG BRUTAU, *Introducción al Derecho civil*, Barcelona, 1981, p. 20.

³⁹ R. SACCO, *Il sistema di Diritto Privato Europeo*, p. 96.

⁴⁰ La unificación y armonización del derecho privado y comercial de Europa sigue técnicas empleadas en Estados Unidos como el *Model Laws and Restatements* que sugiere principios y ofrece soluciones sin imposición directa.

⁴¹ Decía Portalis que, a la ley civil como *árbitro supremo*, le pertenece regular todo.

⁴² F. COHET-CORDEY, «La valeur explicative de la theorie du patrimoine en droit positif français», en *RTD civ.* (1986), pp. 819 y ss.

de hecho, no de analogía con el matrimonio como estado civil más bien de analogía inversa: hacer del matrimonio una unión de hecho sin fronteras legales.

IV.1. *La plenitud del dominio en la etapa codificadora*

Como fuentes del ordenamiento jurídico las Directivas comunitarias respetan aplicaciones sobre instituciones tradicionales que conviene conservar, hasta derechos locales con apoyo en fuentes consuetudinarias⁴³. El derecho de disponer es campo valorado por su carácter circulante considerado como el principal entre las facultades de la propiedad, al punto que con su ejercicio desplaza el dominio de un patrimonio a otro. Acercar las reglas comunitarias para integrar el ordenamiento jurídico interno, dentro de la jerarquía de normas con la censura establecida en principio de normas contrarias en el Reglamento o Directivas, es tarea de indudable *ars iuris* de la configuración del derecho contractual europeo como título traslativo de la propiedad.

IV.2. *La subsistencia en el acto contra ley*

La distinción entre normas imperativas o prohibitivas y preceptos dispositivos se aplica principalmente en relación a la «eficacia de los actos». El Reglamento del Consejo de la Unión Europea de 22 de diciembre de 2009, relativo a la competencia judicial considera (arts. 3 y 7) el ámbito de cooperación judicial en materia civil y mercantil por lo que rige semejante criterio de ineficacia en Derecho comunitario. Cuando se mitiga el rigor del lenguaje se tiende a la interpretación flexible o juicio de equidad. Es el caso de la cláusula penal en que la jurisprudencia delimitaba la palabra «rebelde», como opuesta al cumplimiento de lo convenido: «indubitada y obstativa al cumplimiento del contrato en los términos en que se pactó», se reduce al dolo, en la jurisprudencia moderna se atenúa el rigor del lenguaje que emplean los arts. 1124 y 1504 del Código civil. Tal mitigación es la regla seguida en la doctrina

⁴³ En un sugerente análisis el profesor de la Universidad de París Val-de Marne, P. JESTAZ, «Les sources du droit: le déplacement d'un pôle à un autre», en *RTDciv* (1996), pp. 299 y ss., describe las oscilaciones de las fuentes entre dos polos, ley y jurisprudencia, en la historia y las perspectivas actuales. A veces uno por encima del otro, la ley por encima del juez en los países legalistas (de derecho civil) y el juez por encima de la ley en países de *common law*, expresión del dinamismo e interacción entre los sistemas de dominio legal o jurisprudencial.

y jurisprudencia en Europa para casos en que circunstancias sobrevenidas provocan el incumplimiento de la obligación. Se frustra la finalidad del contrato y no encuentra el perjudicado una explicación razonable de su ulterior postura desequilibrada de ahí que pueda entablar la acción revisoria. Ello sin necesidad de acudir al requisito del ánimo «deliberadamente rebelde». En una cláusula penal moderar equitativamente la pena es facultad de arbitrio del juzgador, no susceptible de casación. De otra parte, la nulidad parcial se utiliza como criterio para la subsistencia de una operación económica. Es lógico que si en un todo algo funciona bien no es de buen sentido acabar con ello de manera que no funcione el conjunto porque una anomalía afecte a una parte separable: operar el tumor para que no muera el paciente. Lo decisivo es saber si dicha cláusula penal supera o no los límites intrínsecos y extrínsecos, proporcionalidad y equilibrio de las prestaciones, cuando llega a convertirse en una pena o sanción civil, y si en tal caso permite que la pena resultante sea proporcionada al grado de incumplimiento, lo que le confiere especial legitimidad. SAP Palma de Mallorca (Sección 4ª), sentencia 22 de diciembre 1992, ponente Cavanillas Múgica, en una cláusula penal lícita inserta en contrato de *leasing financiero*, sobre vencimiento anticipado

V. LA DISTINCIÓN ENTRE DERECHO IMPERATIVO, COGENTE Y DISPOSITIVO

V.1. *La invalidez, la ineficacia y sus remedios*

En el Derecho europeo de los remedios, la invalidez e ineficacia se consideran figuras distintas, pero ambas especie de un mismo género. La ineficacia es la negación de efectos de un contrato válido dotado de *legitimación* para producirlos⁴⁴. En Derecho interno la distinción entre normas imperativas y dispositivas se emplea para calificar los efectos respecto a los actos contrarios. La distinción se basa en la estructura y función, que va unida a la eficacia o ineficacia de los «actos contrarios». Presenta interés recordar estos rasgos dominantes para facilitar la comprensión de su empleo en el presente análisis por su relación con la diferencia entre derecho público y privado. Conviene advertir en qué consiste la diferencia, qué importancia tiene la distinción, qué tendencia se sigue y cómo se subclasifican. Se dicen imperativas o inderoga-

⁴⁴ En este sentido V. SCALISI, «Il Diritto Europeo dei remedi: invalidità e ineficacia», en *Riv.Dir. civ.* (2006), pp. 237 y ss.

bles o de *ius cogens* las normas que se imponen a lo realmente querido, que en todo caso deben ser obedecidas según el texto y espíritu. Los particulares no pueden sustituirlas por otras ni alterarlas en el sentido. Se llaman dispositivas las permisivas o voluntarias que, respetando las disposiciones legales pueden ser reemplazadas o sustituidas por otras. Las normas de derecho dispositivo son permisivas o voluntarias, cumplen una función supletoria de la voluntad específica, la de completar o integrar lagunas. Por eso el derecho dispositivo admite la flexibilidad de la que un mandato imperativo carece.

V.2. *Lenguaje y diversidad*

En el espacio europeo los términos imperativo y dispositivo se sustituyen por otros con significado más generalizado como acciones referentes al cumplimiento con aplicación más o menos flexible. Así las acciones de exacto cumplimiento como garantía del cumplimiento riguroso y acciones de conformidad del bien al contrato, que admiten opciones diferentes según el objeto. Estas pretenden la reparación, la sustitución por otra cosa del mismo género o calidad, la indemnización por daños y perjuicios. En el caso de vicios en la venta, por ejemplo, para el vendedor el régimen jurídico es imperativo, forzoso, mientras que para el comprador por lesión del objeto, vicio, si la cosa es específica o genérica, es facultativo –derecho potestativo– la elección de la acción o la acumulación entre las que se dirigen al mismo fin. Este esquema de garantía por vicios referido al consumo es el que se sigue en la Convención de Viena 1980 y reitera en la directiva de 1999/44 CE, que propone la uniformidad. La distinción imperativo-dispositivo no existe del mismo modo en Derecho anglosajón donde las directivas no se transponen por ley, o esta es siempre dispositiva ya que el sistema no es codificado.

V.3. *Razonamiento sustantivo y procesal*

La referencia en España la tenemos actualmente con la garantía hipotecaria, en la aplicación de la Sentencia de mayo 2013 del Tribunal Europeo, que declara nulas todas las cláusulas suelo y suscita la cuestión: ¿la aplicación es retroactiva? ¿las entidades de crédito han de devolver el dinero equivalente desde la fecha de la sentencia o desde la hipoteca? Si la nulidad es plena lo normal es que el dinero retenido de un acto nulo sea abusivo, retener lo in-

debido es enriquecimiento con causa ilícita; si la nulidad es parcial, de la cláusula solo, será desde la sentencia. La cuestión económica no es indiferente. El incumplimiento puede ser total, parcial, como la nulidad o la resolución, que se advierten mejor desde un sistema flexible, aunque, como se ve, no deja de ser problemática la solución del caso concreto. Donde no hay ley no hay problema legal sino de laguna, y estas se llenan por vía de equidad o se incrementan o integran por orden público económico, noción generalizada en Derecho europeo. El razonamiento en la fase de conservación de la cosa hipotecada es sustantivo, en la ejecución procesal, acción ejecutiva.

VI. LA FUNCIÓN DE LEGISLAR: «LEGISLAR MEJOR»

VI.1. *Política legislativa*

Desde el punto de vista formal importa *el acceso a la observancia*. Muchas lamentaciones se escuchan sobre el desconocimiento del derecho comunitario por el ciudadano, bien sea por ignorancia o por error de derecho que lleva al incumplimiento. También se aplica la regla del derecho interno «el desconocimiento por ignorancia no excusa de su cumplimiento». Nadie puede alegar en su favor la ignorancia de las leyes, lo cual es de sentido común. De conformidad con el artículo 9 del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiaridad y proporcionalidad, el 11 informe de la Comisión de las Comunidades Europeas (12.12.2003) toma el emblema «Legislar mejor». «La Unión –dice el documento en la ‘Introducción’–, dedica esfuerzos a la mejora de la regulación en sentido amplio, en particular, por lo que respecta a la calidad de la regulación de la Unión y de su accesibilidad». Como se dijo antes la ciudadanía va indisolublemente unida a la observancia de las leyes.

VI.2. *¿Qué alcance tiene esta recomendación?*

Las vías recomendadas para la unificación del Derecho privado europeo y la accesibilidad para su conocimiento son varias, como principio de derecho y por la cercanía en las condiciones de vida es deseable e importante para su mejora y observancia por los particulares. Están repartidas en relación con la diversidad de materias: obligaciones contractuales y extracontractuales, derechos personales, y reales, familia. A los actos normativos comunitarios se aplican por extensión reglas para redactar artículos o disposiciones semejan-

tes a las requeridas para las cláusulas y documentos preparatorios en los actos unilaterales y contratos bilaterales. Entre otras, prescindir de las cláusulas no suficientemente transparentes, transparencia es la verdad, así como las que contradicen la doctrina del acto claro, que exige la expresión fácilmente comprensible. La cláusula general de buena fe, como regla en los contratos, no dista de la que se exige para que sean invocables las Directivas: que las disposiciones sean «precisas e incondicionales».

La libre elección del marco contractual por las partes contratantes y el concepto de orden público. Los contratantes pueden elegir un derecho no estatal, un tribunal de arbitraje sujeto a la variedad, con frecuencia alemán, francés, inglés. La corregulación o habilitación en un ámbito con autorización legislativa o las organizaciones no gubernamentales en el ámbito europeo pueden adoptar para sí directrices, en particular los Códigos de conducta. La dificultad estriba en la inacción provocada o generalizada de un instrumento facultativo ¿Cómo asegurar que en virtud de la generalidad de las leyes no sean derogables tácitamente por inacción? Ante un problema afín García Goyena sostuvo en el Comentario del Proyecto civil de 1851 que la renuncia a las leyes en general «vendría a ser un lazo para los incautos o ignorantes». Argumentaba que no admiten renuncia porque «toda ley tiene una clara finalidad protectora». Este fin no se alcanzaría de hacerlo derogable a merced de la voluntad de parte. En este sentido en el ámbito interno la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidos cuando no contraríen el interés, el orden público, ni perjudiquen a terceros (art. 6.2 del Código civil). En el contrato internacional se acentúa esa exclusión si el perjuicio es para los débiles. La renuncia no ha de chocar con la protección de la minoría en la sociedad (accionista minoritario) o de la parte débil en el trabajo (*favor laboratoris*). En el orden laboral el problema se complica. El empresario y los trabajadores pueden adoptar soluciones conjuntas en el convenio de empresa que modula, con medidas de flexibilidad interna, los derechos laborales en función de la situación de la empresa, según la reforma laboral y la necesidad de crear empleo. El enriquecimiento injusto presupone un perjuicio para terceros, por tanto no se podrá admitir la exclusión voluntaria de la ley aplicable ni de la renuncia a los derechos lesiva (STS 12 de enero 1978, 8 de abril 1976). El recurso al orden público es buen parámetro para la solución entre conflictos legislativos y su aplicación. Se invoca el principio de salvaguarda jurisdiccional del contenido del art. 1255 CC, no pueden menospreciarse los intereses generales en aras de la consecución de fines particulares.

VI.3. *Instrumentos optativos en la unificación del Derecho de obligaciones*

En los códigos la idea de orden público se entiende como límite de la autonomía de la voluntad, junto a la ley (imperativa) y la moral, así el artículo 1255 del Código civil. La tendencia actual es distinguir la vertiente subjetiva de los actos, como protección, impulso de iniciativa o libertad dispositiva y la objetiva de control con mayor energía por el interés general. La concepción tradicional se enfrenta con orientaciones de armonización y proyectos europeos en materia de contratación, principios Unidroit, PECL, que introducen nuevas figuras y nuevos razonamientos, puntos de partida y «figuras normalizadas», como la revisión y modificación del contrato en la valoración de la cláusula *rebus sic stantibus*, SS 17 de enero y 18 de enero de 2013. «Normalizada» se entiende como medida opuesta a la excepcionalidad, para destacar una jurisprudencia «contra ley» justificada por la inobservancia de la ley antigua, la «anacrónica» versión codificada. A las claras se advierte que el cambio de concepto afecta a la seguridad jurídica, al recoger términos foráneos como *hardship* que significa alteración fundamental imprevista. En nuestros caso es tanto como mantener el puente y desplazar los arcos cuando se desvían las aguas. El artículo 1213 de la Propuesta de modernización del Código civil, que expone y defiende muy bien Salvador Coderch⁴⁵, prevé efectivamente el cambio de circunstancias de forma extraordinaria, pero vigente el Código civil, el hecho de que permanezca el puente (contrato) supone derogación no expresa o jurisprudencia contra ley. El carácter objetivo o concepción objetivada, fórmula doctrinal ambigua, no puede imponerse como deber jurídico exigible al que perjudica o en desventaja, sujeto al mismo contrato como fuente de obligaciones. La STS 30 de junio 2014 aplica este discutible criterio de «normalización» como regla o solución generalizada, ¿en qué medida puede un remedio violar por vía judicial el contrato existente? Si fuera cosa genérica se podrá reparar o sustituir. Existe una tensión entre la fuerza de ley del contrato entre las partes (art. 1091 Código civil) y el implante de normativas seguidas por decisiones recientes sobre la revisión.

⁴⁵ P. SALVADOR CODERCH, «Alteración de circunstancias en el artículo 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos», en *Boletín del Ministerio de Justicia*, LXV (2011), n° 2130.

VI.4. *Contrato de adhesión y contrato per relationem*

Con argumentación propiamente jurídica, la contratación en masa es uno de los factores económicos (entre producción y consumo) de mayor relevancia en el Derecho de obligaciones y contratos. En Derecho comunitario el flujo del mercado, las mercaderías y valores circulantes ocupan buena parte de la actividad económica. Desde el punto de vista jurídico plantea entre otros problemas lo relativo a las condiciones generales de la contratación, con resonancia inmediata en el contenido y validez del contrato. En un contrato de adhesión quien se adhiere a las cláusulas o condiciones predispuestas o impuestas con desventaja de la contraparte, como estipulaciones no razonables, no informadas suficientemente o desconocidas, está protegido por el derecho conforme a las exigencias de la buena fe objetiva. Las leyes imperativas no derogan los principios ni reglas de derecho del foro en un contrato internacional acordes con la buena fe. La protección al adherente presenta doble faz: de una parte interpretativa la de no favorecer el texto oscuro al predisponente, y de otra la ineficacia de las cláusulas o condiciones generales unilateralmente predispuestas o impuestas por la otra parte. La ineficacia puede incluir la de todo el contrato (nulidad plena) o solo amputar la parte infectada (nulidad parcial) o admitir la impugnación del acto (anulabilidad). En la estructura de este tipo de contratos figuran tres elementos característicos: Unas condiciones generales no acordadas bilateralmente; la asimetría de posición contractual; y unas consecuencias legales sancionadoras, *ius poenitendi* que abarca las interferencias abusivas entre contrato y mercado. De ahí la discusión sobre la naturaleza por los confines de las condiciones generales, entre ley y contrato. El Derecho, en estos casos, priva al contrato de la «fuerza de ley» por la carencia de justicia contractual ante el desequilibrio y la falta de elección de la cláusula vejatoria desconocida o no consentida por el adherente. El fenómeno masificado con los contratos *standard* ha sido objeto de gran atención por la doctrina para fundamentar el derecho de consumo, que viene a ser la protección del perjudicado por mecanismos de la técnica y por la disciplina de mercado. La nulidad llamada de protección es una categoría elástica y abierta, plural, dependiendo de los intereses sociales, públicos, particulares o individuales ¿implica nueva figura de invalidez?

VI.5. *La buena fe objetiva*

La buena fe objetiva difiere de las condiciones generales del contrato. Estas últimas se refieren a los contratos en masa, contratos de adhesión. La

cláusula general de buena fe se remonta a la generalidad de los actos, convenios, como comportamiento o conducta no basada en la intención variable del obligado sino razonable objetivamente y previsible. Como criterio de interpretación es más amplio, más común, y como prueba no se relativiza como la culpa. Se expande como principio general en el proceso general de «modernización del sistema positivo». El nuevo siglo supera la política legislativa exponente de la estatalidad soberana y queda al servicio de leyes de reforma con base en exigencias económico-sociales que se presentan como universalmente sentidas. La certeza del derecho y la incerteza del poder político dependen de la comunicación que intenta encontrar un denominador común en general hostil a los viejos esquemas que se disuelven en una pluralidad de figuras. Método de reconstrucción lejano a la antigua ambición pandectista de *reductio ad unitatem*.

VI.6. *Per relationem*

Per relationem es un concepto comparativo de referencia a un acto al que otro está supeditado. En el caso de un mandato para vender un inmueble, si el mandante revoca el mandato y vende directamente a un tercero ¿puede reclamar el mandatario por razón de la venta? Su aplicación a la modificación del contrato es ahora importante, caso de revisión del principal. El mandante alemán revoca cuando el mandatario español vende el inmueble en Málaga. A efectos de lo que interesa en el presente análisis nos referimos a la combinación entre la autonomía privada y las condiciones generales en los llamados contratos *per relationem*. Un contrato conexo con otro, como venta y suministro del producto en fábrica, en pura tesis se distingue del contrato de adhesión porque ya se han formado e informado, ambos de común acuerdo. Por lo tanto, concurren oferta y aceptación voluntarias requeridas para la existencia del contrato. En el acuerdo figuran una o varias cláusulas correspondientes al tipo de otro contrato, portador de condiciones generales «sin sorpresa» para el posible perjudicado. Analizados todos los elementos que intervienen en el acuerdo resulta que se trata de una mala elección entre leyes, elección que de suyo no encaja en el *ius dispositivum*. Ahora bien si el resultado final de la operación jurídica y económica contradice la ley protectora del contratante que se presenta como débil, será quien tendrá que acreditar el vicio de consentimiento o el defecto del objeto o causa. De manera que se advierte la diferencia entre nulidad de cláusulas vejatorias, que

se consideran no puestas, y nulidad protectora, que entra en la gestión de eficacia o legitimación. Si no impugna el favorecido, se convalida. Contratos distintos con idéntico contenido se encuentran en las figuras de *leasing*, en razón de su función y operaciones de arrendamiento financiero, de garantía, venta o mandato, difícil de calificar y configurar en categorías continentales codificadas, entre derechos de crédito, derechos reales, *leasing industrial*, mobiliario, inmobiliario, privado o público (administrativo).

VI.7. *La diversidad de soluciones*

Esos desplazamientos inciden en la fundamentación. Los avances tecnológicos, los nuevos modelos de empresa efectivamente acercan, pero también contribuyen al grado de actual complejidad entre la potestad pública y las reglas de derecho en el ordenamiento privatista general. Basta pensar en el reparto, la restitución, el efecto útil. La utilidad económica supone una situación en derecho del titular en la entrada o salida del patrimonio, la causa de las atribuciones patrimoniales. Los economistas separan los bienes de producción y bienes de consumo, los juristas entre los bienes corporales e incorporeales. Los economistas hablan de valores rentables, los juristas de bienes fructíferos. En cosas que circulan los juristas constituyen derechos, que en su conjunto y cualidad de bienes forman parte del patrimonio de una persona. El derecho de daños y la responsabilidad cambian la tendencia legislativa actual. Se imputa la responsabilidad y la reparación del daño de manera más eficiente que como lo hace el artículo 1902 del CC, con la inversión de la carga de la prueba como criterio jurisprudencial y la solidaridad entre los causantes del daño o perjuicio. En el específico campo del *Common law* se acerca la responsabilidad al derecho de *torts*. En esa materia proceden los cambios de la práctica de seguros más que de la ley. ¿Qué principios rigen el cálculo del daño? En supuestos de indemnización partir del *dies a quo* y *ad quem* de manera que la indemnización adquiera en el interés con retraso, la consideración de fruto. Interés negativo es el daño suplementario que sufre el acreedor por serle indisponible por causa del retraso la cantidad ya liquidada. Ello se logra sin penalizar al deudor ni enriquecer al acreedor con un índice de referencia al interés compensatorio como complemento del moratorio hasta el pago. Se considera una aplicación de la «teoría de la diferencia» consistente en una disminución del patrimonio del acreedor con el pago aumentado con los intereses compensatorios incluidos.

El interés compensatorio forma parte del daño *total*, aunque el daño moral no sea patrimonial. Tal régimen jurisprudencial se sobrepone al legal del interés moratorio. Más aún, lo remplace. El riesgo en el mercado crediticio, los aspectos procesales inherentes a la ejecución forzosa, y el cambio del destinatario del pago, los terceros que han prestado garantías al deudor y la subrogación en el derecho de crédito, el financiador subrogado. La circulación de un derecho de crédito. El principio de causalidad en las atribuciones patrimoniales.

VII. LA POLÍTICA LEGISLATIVA

En definitiva, acercar el Derecho privado al ciudadano comunitario no implica alterar necesariamente lo que hay que conservar. En los nuevos modelos de contrato hay algo que conviene conservar y por tanto no resulta fácil la uniformidad. Las diferencias de cultura y de historia muestran también porqué el régimen jurídico de la propiedad no es uniforme. Se aproximan los sistemas entre sí traducidos los bienes en valor de uso y de cambio. Finalmente, en los modos de entender la causa, hay leyes que brotan de raíces en la jurisprudencia, en Francia, *el pacta sunt servanda*, en Inglaterra, la *consideration*. De la jurisprudencia si puede surgir *un ius commune*, unas normas de Derecho privado en determinadas materias importante para un estudio analítico y puntual entre evolución e innovación.

La disciplina uniforme, con tono imperativo, es deseable que se mantenga por igual en Derecho comunitario en lo referente a las prestaciones de alimentos, el control de la droga, el transporte por mar o aire, planes de seguros, el delito y la pena, materias de Derecho público.

VII.1. *Derecho de obligaciones (Bürgerliches Gesetzbuch)*

A la comunidad comercial sirve el derecho de obligaciones no fácilmente unificable por las tradiciones particulares, como ocurre con el *common law*. Las instituciones tradicionales que conviene conservar, los derechos locales de cuño consuetudinario. El principio de subsidiariedad sirve a la variedad jurídica, que es expresión de verdadera y responsable concurrencia en el fin. En la jerarquía de las fuentes de derecho importa distinguir el puesto de normas base y normas de ejecución. Ante la violación de un Tratado por la

ley posterior hay dos posturas, una de ellas la nulidad de la ley, con base en el principio de jerarquía, otra, por el principio de competencia, que conduce al Tribunal Constitucional. Esta cuestión, que interesa, sobre todo, a los especialistas de derecho público, en particular Derecho administrativo y Derecho constitucional, se refleja en los arts. 94 y 96 CE sobre la inviolabilidad del Tratado, control de constitucionalidad. Para unos, como Albaladejo, el Tratado es una ley más. Otros, Díez-Picazo, prefiere el clásico principio de jerarquía de las normas, González Campos considera el Tratado suprallegal, Sánchez Agesta, acude a la inderogabilidad del Tratado por ley. Cuestión a que se refiere García Enterría en su memorable trabajo sobre la Constitución como norma jurídica⁴⁶.

Algunos problemas surgen no solo del contraste entre varios ordenamientos, sino también del cambio de exigencias socio-económicas, tributarias, financieras y con semejante orientación hacia la evolución de la conciencia social ¿En qué medida la pluralidad de ordenamientos jurídicos perjudica o favorece la evolución del derecho? Al menos la creciente unificación muestra que unos principios y reglas jurídicas tienen mayor capacidad de expansión en el proceso avanzado hacia un eventual *ius commune*, que, naturalmente, será distinto del romano y del medieval. En estos momentos la disciplina del Derecho europeo se pliega a la comercialización de bienes y servicios para el normal funcionamiento del mercado interno. Con este designio es la compraventa el tipo contractual más significativo, ya que congrega la tutela del adquirente en caso de defecto en los bienes, la responsabilidad del productor, los derechos de terceros adquirentes y subadquirentes, la validez. Cabe en los códigos, como en el de Alemania, la protección del consumidor cuando no se había introducido el derecho del consumo como modelo de los débiles por abuso de los fuertes, preocupación que promovió la Directiva de 1999 y el Proyecto de Marco Común de Referencia DCFR (2009). En los servicios financieros y el derecho bancario, las transferencias del crédito toman como escudo la buena fe objetiva. El seguro, los riesgos del mercado, el deber de información, la política de derecho, giran en torno a los mercados competitivos, las restricciones de la concurrencia, y remover la asimetría informativa. La información como deber se relaciona con la buena fe contractual.

⁴⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, «La constitución como norma jurídica», *ADC*, vol. 32 (1979).

VII.2. *La unificación de las reglas de interpretación según la primacía del derecho comunitario*

Advierte Christian Baldus, Universidad de Heidelberg, que las tradiciones jurídicas de los Estados miembros suministran criterios seguros para la interpretación bajo la primacía del Derecho comunitario. Para la aplicación del Derecho comunitario es preciso recurrir a reglas de Derecho privado procedentes de diversas tradiciones. No deja de ser una manera de hacer asequible el Derecho privado europeo el estrechar la relación entre unidad y pluralidad desde el punto de vista interpretativo. Cada sistema sigue su ámbito interpretativo y su intensidad, de manera que si la reglamentación en un punto es la necesaria no lo es intervenir en el exceso. Son preferibles las reglas de verdadera información a las soluciones imperativas sustanciales. La idea de subsidiaridad de la resolución, por ejemplo, se ha introducido en la Directiva 1999/44 CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre venta de bienes de consumo, y en su virtud el consumidor no tendrá derecho a resolver el contrato si la falta de conformidad es de poca importancia. Criterio que se conoce con la máxima de época romana *in minimis non curat praetor* o de *minimis non curat lex*. Muchas reglas interpretativas tienen ascendente romanista y tienen por eso gran interés en la Comunidad por el objetivo de integración. Entra así en el Derecho interno el criterio procedente del Derecho privado comunitario que recoge una máxima romanista, en el fondo no pleitear por cosas pequeñas o no abusar del procedimiento, la aplicación segura, que el ciudadano sepa a qué atenerse.

VII.3. *Entre unidad y pluralidad*

La relación entre unidad y variedad o pluralismo es motivo de discrepancias. Una primera postura aceptada sin remilgos desde el origen es la conveniencia de la unificación, porque puede tener y de hecho tiene mayor entidad política legislativa la «europeización» del Derecho inglés. En segundo lugar, el esfuerzo es tan exigente que cabe dudar si será posible llevar a término la integración total. Desde luego el mayor avance corresponde a las obligaciones y contratos con base en la autonomía y libertad contractual, mayor que la estatal, y límites intrínsecos y extrínsecos comparables. Finalmente si la unidad deseable será la uniformidad o la pluralidad con sucesivas fases de armonización. La cuestión del primado entre el derecho privado o

público, vieja causa de querella, queda relegada a las vicisitudes económicas o de política interior.

Fuera del área de relaciones contractuales con los consumidores y con incidencia en los contratos *standard*, el derecho europeo de obligaciones y contratos parece decididamente resuelto hacia el predominio de reglas de carácter dispositivo. Las normas cogentes, inderogables por voluntad de particulares, son excepción. En el ámbito de los contratos internacionales también prevalece la autonomía convencional. El predominio de normas imperativas inderogables conduciría a una improcedente competición entre ordenamientos por razón de los contratos, fuente de incumplimiento y conflictos de normas. Se afirma de modo contundente que el Derecho europeo de contratos o se hará con normas simplemente dispositivas o no se hará⁴⁷.

El principal problema es hasta qué punto puede un sistema recibir otro nuevo y original como el de Derecho en Europa, hasta qué punto de no ser dispositivo dejaría de ser europeo. El carácter dispositivo piensa en un nuevo Derecho común con capacidad virtual para llenar lagunas. La creciente especialización ha cambiado la centralidad del Código civil, como ha ocurrido en Italia según el diagnóstico de Irti. El sistema codificado desde luego pierde coherencia al recibir nuevas categorías y formas de tutela y protección de los débiles, consumidores, discapacitados, inhábiles para el trabajo o dependientes, asegurados, que exceden el territorio nacional en busca de futuro. En un cuadro delineado por jurista alemán (Zöllner), trazando la panorámica, destaca estos aspectos, que coinciden con la actual pluralidad de sistemas: a) Exceso de diferenciación en el tejido conceptual del sistema; b) Prevalencia de la casuística jurisprudencial; c) Crecimiento del particularismo doctrinal; d) Alejarse del Derecho privado común de las ramas especiales del sistema privatista.

La jurisprudencia aplica reglas que ya existen como derecho propio, reconociéndolas o reforzando el *ius novum* como norma que dicta el juez para poner término a un determinado conflicto. Puede cumplir función de guía el catálogo en continuo crecimiento de fallos en el mismo sentido. Una sola golondrina no hace verano.

⁴⁷ A. GAMBARRO, «Contratto e regole dispositive. Differencia, Reglas dispositivas, inderogables y coercitivas», en Alessi, *Diritto europeo e autonomia contrattuale*, Palermo, 1999.

VII.4. *Concepto de ley comunitaria, actos de base y de ejecución*

La concepción sobre las fuentes en derecho comunitario distingue entre la estructuración de la norma, vertical o horizontal, los efectos directos o inmediata aplicación, como el Reglamento, y el grado de fuerza normativa, por la diferencia de rango. La dificultad de encuadrar estos elementos en el *documento de ley* o en «acto normativo» responde a la concepción que se tenga, orgánica o funcional⁴⁸. Por el origen se puede distinguir entre quién la propone y quién decide, o por la función, actos base de carácter legislativo y actos de ejecución. Entre los primeros de derecho derivado, la ley comunitaria ocuparía el primer rango, pero la estructura de ley comunitaria difiere de la nacional por merma de un órgano legislativo y otro administrativo: un acto normativo quien fija las reglas (Parlamento), otro encargado del proceso de decisión que las ejecuta (Comisión), el Tribunal de Justicia. La diferencia entre *ley base* es importante en nuestro derecho por el carácter mínimo y la diferente legislación entre las autonomías.

VII.5. *La autonomía del Derecho social y el ámbito de repercusión social*

Como ya se dijo, el Derecho social o laboral tiene difícil encaje en el sector Derecho público o privado donde encontrar lo más conforme con lo que tiene de especial la relación laboral. El Derecho de Trabajo fue una de las ramas desintregadas del tronco del Derecho civil y se ha convertido con el cambio conceptual de las reglas de juego en la forma social avanzada de los contratos de prestación de servicios. Aunque se trata de una valoración negativa es ostensible la ruptura de la unidad orgánica del sistema privatista entre convenios colectivos y conflictos laborales.

VII.6. *La materia civil y mercantil*

Derecho civil y mercantil se han distinguido tradicionalmente con base en la diferencia entre común y especial. Luego se puso la frontera en la posición entre particulares (civil) o profesionales, los hombres de empresa van al mercantil. En la historia del Derecho mercantil, pasando por los actos de

⁴⁸ J. BOLÁS ALFONSO, *Escritura pública* (Ensayos de actualidad). Un espacio europeo de seguridad jurídica: un valor para la familia y para el ciudadano, una oportunidad para la empresa, Colegio General del Notariado, 2008. J. P. FERRET, «Les notaires face à l'ouverture des frontières», *RTD eur*, 28(1) (1982), p. 112.

comercio se llegó a la actividad de empresa. Hoy se refunde en la materia civil y mercantil con vistas a la integración Derecho-mercado⁴⁹. De manera que no se puede dar una respuesta preconstituida a los conceptos jurídicos en el Derecho privado europeo. Expresiva es la diferencia de régimen entre entes sociales, las sociedades civiles y mercantiles. La sociedad anónima se configura como entidad mercantil con especial intervención o sujeción por la formalización de los estatutos, prefigurada según y por ley. La sociedad de responsabilidad limitada es más abierta y permite mayor juego a la autonomía privada. En la sociedad anónima predomina el concepto de interés social o en su caso derecho público. En la sociedad limitada tiene mayor holgura el derecho dispositivo. La autonomía privada es, por tanto, el punto de referencia. En la sociedad unilateral, sociedad con un solo socio, el punto más sobresaliente es la relación entre patrimonios, el patrimonio colectivo de la sociedad, y el personal, patrimonio separado o con destino.

VII.7. *Desplazamiento de las fuentes estatales*

Se conserva una visión antropomórfica de la ley, «poderoso señor», que hoy se desplaza o despoja de sus clásicas vestiduras. En la versión antropológica, la ley es portadora de razón (*ratio legis*), cuando dispone con voluntad (*voluntas legis*), habla (*bouche de la loi*), tiene afectos (*afectio legis*) y dinamismo vital, nace (promulgación), se desenvuelve (vigencia, aplicación con asiduidad) y muere, con la derogación, expresa o tácita. La costumbre es el paño de lágrimas, no ha llegado a ser ley todavía. En visión negativa es considerada como anacronismo. Lo anacrónico es una derogación tácita de la costumbre, una ley venida a menos, que reina pero no gobierna. El derecho popular no hace uso de la costumbre sino de la política legislativa o judicial. La equidad no es ley pero sí que es la base de la proporcionalidad, el ariete de la sanción, la moderación de la ventaja injustificada. La heterointegración del contrato emplea la analogía. Lando organiza los principios que las partes pueden excluir o derogar sus efectos excepto en las normas inderogables⁵⁰.

⁴⁹ M. FONTAINE, *Les principes pour les contrats commerciaux internationaux élaborés par Unidroit*, sobre los esfuerzos de la unificación.

⁵⁰ *El Avant project de Gandolfi, Code Européen des Contrats*, Milán, 2001, art. 3º, no distingue entre normas imperativas y dispositivas conforme a la tradición jurídica franco italiana. La autonomía privada de las partes tiene una amplitud como en ningún sistema estatal se le ha atribuido, dice FERRI, *Le Code Européen des contrats*.

La interpretación y aplicación del Derecho comunitario constituye un sistema de derecho que, a diferencia de los ordenamientos estatales cerrados, con preeminencia de fuentes legislativas propio del siglo XIX, está abierto por los objetivos al contrato y al patrimonio de empresa.

El principio *Pacta sunt servanda* también es invocable, como se ha dicho, en Derecho público internacional. La reciente ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles incorpora al Derecho español la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo 2008. Las relaciones Derecho interno-comunitarias, se colocan entre las fuentes de derecho relevantes en el ordenamiento interno. El primado no es absoluto, encuentra el límite en los principios constitucionales. Prevalece si su aplicación conduce a una interpretación conforme a la legalidad constitucional y para colmar el espacio de un ordenamiento jurídico más razonable. El Reglamento de aplicación directa en los Estados miembros es la fuente primaria de la uniformidad: Derecho imperativo, supone homogeneidad, efectos directos normativos con su propia interpretación.

VII.8. *Principios elaborados por Unidroit*

Mejorar la calidad de la legislación, aclarar y modificar es el encargo de la Comisión de Derecho Uniforme y el Instituto Legal Americano ¿Cómo puede ser la naturaleza de un instrumento contractual europeo? Disponible a los legisladores, a los jueces y puesto a disposición de las partes que redactan las cláusulas según las orientaciones. La «caja de herramientas» en Derecho contractual europeo, facilita a los interesados un instrumento europeo con alternativa al Derecho nacional. Se trata de un instrumento optativo que puede elegirse como derecho aplicable a los contratos internacionales. Tal es el caso de los principios UNIDROIT (Institución Internacional para la Unificación del Derecho privado). Los principios de contratos mercantiles internacionales UNIDROIT permiten a los contratantes elegir la ley por la que se regule su contrato. Supone la divergencia y el nivel de protección adecuado al consumidor. Como la palabra codificación suscita reticencia y tiene sus desventajas en materias evolutivas se emplea un nombre con difusión apropiada también en los contratos anglosajones. Causa y *consideratio* es la principal diferencia entre sistemas causalistas, abstractos y Derecho anglosajón, donde la *consideratio*, institución tan apreciada por los *common lawyers*, equivale a la causa onerosa en el continente. La teoría inglesa de la *consideration* se basa en que un acuerdo no

se concibe sin cambio, en el sentido de admisión de una pérdida consentida, o la perspectiva de un tener algo por consentimiento de otro.

El abandono de un código para hacer una ley modelo en los contratos mercantiles ha convocado grupos de trabajo con el título de Principios de derecho europeo de los contratos como de Lando. Los contratos sometidos a *autorización*, frecuentes en el comercio internacional, comportan leyes si la autorización se ha rehusado. El criterio alemán del *Nachfrist*, que permite a la parte en caso de retraso en la ejecución impartir un plazo suplementario pasado el cual será resuelto. *Anticipatory breach* (*common law*), *astreinte* (francés). Son principios de los contratos internacionales según el ejemplo de la Convención de Viena de 1980 sobre la armonización (*Principes pour les contrats commerciaux*)⁵¹. En sintonía con el principio de subsidiaridad una alternativa razonable de armonización completa de los derechos nacionales ofreciendo al mercado una solución proporcionada. Crear un Reglamento con normas que establezca un derecho contractual europeo con alto nivel de protección a la parte más débil, completar el *acervo* de consumo, barreras y prácticas. Un posible código debe comprender no solo el derecho contractual, también responsabilidad civil, enriquecimiento injusto y prestaciones de beneficencia a terceros.

En el Instituto Internacional para la unificación del Derecho privado (más brevemente Unidroit) se planteó, con cierto escepticismo, el problema sobre las ventajas y desventajas de un Código Europeo. El resultado del trabajo no es un código sino reglas formuladas en capítulos y artículos, a manera de un código con referencia a los contratos mercantiles, que se aplican cuando las partes lo han convenido. El contrato reúne principios generales de derecho (*lex mercatoria*) en ausencia de un derecho aplicable. En conjunto normas dispositivas, derecho supletorio para llenar lagunas del derecho elegido. La idea principal es combinar posibles soluciones aceptables como derecho común de los contratos internacionales mercantiles. Explicables las dificultades.

VII.9. *Jueces y Tribunales: aplicación de normas dispositivas*

La edificación de un Derecho europeo común induce a adoptar reglas generalmente dispositivas por una razón de carácter institucional ¿Ya será útil crear un Derecho europeo en materia de contratos en general, con plu-

⁵¹ M. FONTAINE, *Les principes pour les contrats commerciaux internationaux élaborés par unidroit*.

ralismo de modelos de contratos, aplicable por analogía y a cubierto con reglas supletorias? Principios y reglas civiles se aplican también con categoría de supletorias en materia de derecho público. Hay reglas comunes en todas las liquidaciones, art. 453 del CC sobre la posesión. En las sociedades mercantiles se advierte a las claras este proceso. La más novedosa es la sociedad anónima europea, que queda a la sombra, bajo la fuerza de la configuración dispositiva. Contrasta con el intervencionismo de la anónima en nuestro derecho por la inspiración intervencionista de la «gran empresa». Por razón política no se sigue un sistema de modelos uniformes en cada país que está orgulloso de los suyos y tiende a defender su propia plaza. Por eso será de normas dispositivas o no será. El problema entre uniformidad o pluralismo no es teórico. Se ha dicho que los principios generales pierden eficacia cuando su aplicación se realiza en sistemas nacionales con propósito de un derecho común de contratos.

VII.10. *Concurrencia de ordenamientos diferentes y el derecho especial*

Se plantea la cuestión de en qué medida la diversidad de legislaciones nacionales con disfunciones de las leyes en el plano sustancial y procesal debe moverse según el criterio interno o en relación a la tendencia unitaria del Derecho comunitario. El concepto de documento público es un concepto autónomo en Derecho europeo. La posible intervención de reforma a la luz del sistema de fuentes de Derecho privado. El documento público en el Derecho de la Unión Europea difiere de un Estado a otro. No todos disponen de la fe pública. La cuestión está servida cuando se trata de actos de disposición o gravamen, como la hipoteca, en que la inscripción es constitutiva. Basta, para advertir el problema, atender los vaivenes entre lo público y privado en los temidos desahucios y alternativas de opción como medida de ejecución forzosa. Quienes arriesgan conservar la vivienda por causa sobrevenida de desempleo. El legislador interno puede liberar de vínculos comunitarios convirtiendo el ordenamiento en más eficiente, adecuado a los intereses de los operadores económicos.

La vía de un Código civil europeo como instrumento facultativo en los contratos transfronterizos plantea problemas comunes al aparcado método formal de conceptos. La literatura inglesa distingue entre *handbooks*, conceptos en vía de superar por legalistas, y *casebooks*, con perspectiva comparatista de resoluciones jurisprudenciales generalizables. La posición actual

de la Unión Europea tiene necesidad de salvar los principios, en particular la libre circulación de personas con menos trámites administrativos para la ciudadanía comunitaria, que es uno de los logros de la integración, promover el reconocimiento de los efectos de los certificados de estado civil, ante la emergencia de la avalancha de refugiados, y la no discriminación en todos los países europeos. Es el problema político que se debate en el Reino Unido, aparte privilegios o excepciones de reglas en el mercado único.

CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

De las reflexiones precedentes se deduce que la necesaria política de rechazar obstáculos en materia de libre circulación o unificar la aplicación en textos de origen supranacional no justifica utilizar las leyes para esparcir por el espacio jurídico europeo ideologías que, como barrera, trató en su origen de superar en nombre de la justicia y la paz el mensaje de Europa. *Ubi societas ibi ius.*